法 学 阶 梯
INSTITUTIONES | 普通高等教育法学规划教材

普通高等教育"十一五"国家级规划教材

# 合 同 法

Contract Law

| 第六版 |

主 编 | 崔建远
副主编 | 韩世远 王 轶 王 成

撰稿人 | 崔建远 申卫星 王 闯
以撰寫章節先后爲序 | 王 成 韩世远 于淑妍
薛文成 王 轶 杨明刚

法律出版社
始创于1954年

www.lawpress.com.cn
好书，同好老师和好学生分享

VISIT...

LANZAROTE
Caliente.com

# 合 同 法

Cont

r

ac

t

Law

第六版

主 编

崔建远

副主编

韩世远 王 轶 王 成

撰稿人

崔建远 申卫星 王 闯

以撰写章节先后为序

王　成　韩世远　于淑妍

薛文成　王　轶　杨明刚

法律出版社

始创于 1

9

5

4年

www.

l

awpr

es

s.

c

om.

c

n

好书,

同好老师和好学生分享

书

图书在版编目(CI

P)数据

合同法 /崔建远主编.— 6版.

—北京:

法律出

版社,2

0

1

5.

8

I

SBN9

7

8-7-5

1

1

8-8

3

1

4-8

I.①合… II.①崔… III.①合同法—中国—教材

IV.①D9

2

3.

6

中国版本图书馆 CI

P数据核字(2

0

1

5)第 1

9

2

0

7

3号

©法律出版社·中国

责任编辑 /

吴　蔥　　装帧设计 /

乔智炜

出版 /

法律出版社　　编辑统筹 /

法律教育出版分社

总发行 /

中国法律图书有限公司

经销 /

新华书店

印刷 /

北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制 /

沙　磊

开本 /

7

8

7毫米 ×1

0

9

2毫米　1/

1

6

印张 /

3

0.

7

5　　字数 /

7

0

5千

版本 /

2

0

1

6年 2月第 6版

印次 /

2

0

1

6年 2月第 1次印刷

法律出版社／

北京市丰台区莲花池西里 7号(1

0

0

0

7

3)

电子邮件／

i

n

f

o

@l

a

wp

r

e

s

s

.

c

o

m.

c

n

销售热线 /

0

1

0-6

3

9

3

9

7

9

2/

9

7

7

9

网址 /

www.

l

a

wp

r

e

s

s

.

c

o

m.

c

n

咨询电话 /

0

1

0-6

3

9

3

9

7

9

6

中国法律图书有限公司 /

北京市丰台区莲花池西里 7号(1

0

0

0

7

3)

全国各地中法图分、

子公司电话:

第一法律书店 /

0

1

0-6

3

9

3

9

7

8

1/

9

7

8

2

西安分公司 /

0

2

9-8

5

3

8

8

8

4

3

重庆公司 /

0

2

3-6

5

3

8

2

8

1

6/

2

9

0

8

上海公司 /

0

2

1-6

2

0

7

1

0

1

0/

1

6

3

6

北京分公司 /

0

1

0-6

2

5

3

4

4

5

6 深圳公司 /

0

7

5

5-8

3

0

7

2

9

9

5

书号:

I

SBN9

7

8-7-5

1

1

8-8

3

1

4-8 定价:

4

9

.

0

0元

(如有缺页或倒装,

中国法律图书有限公司负责退换)

书

# 出 版 说 明

法律出版社在其奋进发展的六十年光辉历程中,

秉精诚之心,

集全社之力,服务于我国法

学教育事业,

致力于法学教材出版。尤其在改革开放三十余年间,本社以“传播法律信息,推

进法制进程,

积累法律文化,

弘扬法治精神”为宗旨,

协同司法部法学教材编辑部,

规划并组织

出版了国家“八五”、

“九五”期间的法学规划教材,

为我国改革开放之初的法学教育和法治建

设做出了开创性贡献;

进入 2

1世纪之后,法律出版社又根据教育部的部署和指导,相继规划

并组织出版了“十五”、

“十一五”和“十二五”法学规划教材,

为我国法学教育事业的发展与改

革付出了艰辛努力。

承蒙法学教育领域专家作者的信任,以及广大法律院校师生的支持,法律出版社经过三

十年的发展与积累,

相继出版各类法学教材达四百余种。在学科范围方面,完成以法学核心

课程为重心,

涉及法学诸学科的“全品种”横向结构;在培养层次方面,健全以本科教育为根

本,

兼顾职业教育和研究生教育的“多层次”纵向结构,进而打造“法律版”法学教科书体系, 以期更好地为法学教育服务,

为法治建设贡献绵薄之力。

近年来,

法律出版社应因法学教育的发展变化,在教材编写体例及系列安排方面做出相

应调整。在教材编写体例方面,

结合当前教学实际与培养方案,

将系统、

全面的理论知识讲授

与灵活、

丰富的法律实践和能力训练相结合,倡导教材内容差异化,增加教材可读性,以期更

好地培养法科学生的思维能力和法学素养。在教材系列安排方面, 全力推进新品教材编写与

注重既有教材修订相结合,

根据教材风格与特色进行适当的套系整合,集中现有的国家级规

划教材和在编的规划教材,

形成以“普通高等教育法学规划教材”为名的全新教材系列。

本系列教材多为出版多年并广受好评的经典教科书。此次全新推出,既是向长期以来关

心支持法学教育出版事业的专家作者的崇高致敬,

也是法律出版社为中国当代法学教育事业

发展拳拳努力之情的真诚表达。法律出版社将以高度的精品意识和质量标准,不断丰富、完

善本系列教材的结构和内容;

除教材文本之外,还将配有多层次、多形式的教辅材料,更好地

为广大师生服务。

“好书,

同好老师和好学生分享”,

法律出版社愿与法律共同体诸同仁,分享好书,分享智

识,

分享法治进程中的点点滴滴!

法律出版社　谨识

2

0

1

4年 1

0月

作 者 简 介

(以撰写章节先后为序)

　　崔建远　男,

1

9

5

6年 5月生,河北省滦南县人。现为清华大学法学院教授,“长江学者”

特聘教授,

兼任中国民法学研究会副会长。代表性著作:《合同责任研究》、《准物权研究》、

《土地上的权利群研究》、

《论争 中 的 渔 业 权》。代 表 性 论 文:《“四 荒”拍 卖 与 土 地 使 用 权》、

《无权处分辨》等。

申卫星　男,

1

9

7

0年 4月生,黑龙江省东宁县人,法学博士。曾在北京大学法学博士后

流动站从事博士后研究,

现为清华大学法学院教授,兼任中国民法学研究会理事。代表性著

作:

《期待权基本理论研究》。代表性论文:

《对民事法律行为的重新思考》、

《我国优先权制度

立法研究》、

《形成权基本问题研究》、

《中国民法典的品性》等。

王　闯　男,

1

9

7

0年 2月生,

辽宁省沈阳市人,法学博士。现为最高人民法院法官,民事

审判庭第三庭副庭长。代表性著作:《让与担保法律制度研究》。代表性论文:《动产抵押制

度研究》、

《理论争鸣与制度创新—

—

—关于最高法院担保法司法解释的若干问题》、《关于合同

法中债权人代位权制度若干重要问题》等。

王　成　男,

1

9

7

1年 9月生,山西省定襄县人,法学博士。曾在北京大学光华管理学院

应用经济学博士后流动站从事博士后研究,

现为北京大学法学院教授。代表性著作:

《侵权损

害赔偿的经济分析》。代表性论文:

《过失的经济分析》、《因果关系的经济分析》、《物权法定

与物权整理》、

《论不动产物权变动的交付》等。

韩世远　男,

1

9

6

9年 1

1月生,江苏省丰县人,法学博士。现为清华大学法学院教授,兼

任中国民法学研究会常务理事。代表性著作:

《履行障碍法的体系》、

《履行障碍法研究》、《违

约损害赔偿研究》、

《合同法总论》。代表性论文:

《违约金的理论问题》、

《构造与出路:

中国法

上的同时履行抗辩权》、

《论中国民法的现代化》等。

于淑妍　女,

1

9

6

8年 4月生,黑龙江省哈尔滨市人,法学硕士。现任中国进出口信用保

险公司法律合规部总经理。代表性著作:《合同法(教学参考书)》(合著)。代表性论文:《抵

押期限探讨》、

《两岸出口信用保险法律适用问题探析》、

《民事检察监督若干问题探讨》等。

薛文成　男,

1

9

7

2年 9月生,河南省卢氏县人,法学博士。现为中银基金管理有限公司

法律合规部总经理。代表性论文:《关于赠与合同的几个问题》、《论我国合同法上的绝对无

效合同》、

《论合同解除权行使的除斥期间》、《法人能力与目的范围关系论》、《略论第三人侵

害债权制度》、

《对民事行为能力概念的再认识》、《略论专家违约责任的构成要件》、《论涉他

合同》等。

王　轶　男,

1

9

7

2年 6月生,河南省镇平县人,法学博士。曾在北京大学法学博士后流

动站从事博士后研究,

现为中国人民大学法学院教授,中国人民大学发展规划处处长,“长江

学者”特聘教授,

兼任中国民法学研究会秘书长。代表性著作:《物权变动论》、《民法原理与

民法学方法》、

《合同法新论·分则》(合著)。代表性论文:

《对中国民法学学术路向的初步思

考》、

《民法价值判断问题的实体性论证规则》、

《所有权保留制度研究》等。

杨明刚　男,

1

9

7

1年 1月生,四川省威远县人,法学博士。现任中国进出口信用保险公

司项目险承保部总经理,

中国人民大学民商事法律科学研究中心兼职研究人员,兼任中国民

法学研究会理事。代表性著作:

《合同转让论》、

《民事疑案判解研究》。代表性论文:《债权让

与的若干法律问题》、

《论双方违约》等。

第六版说明

我主编的《合同法》教科书,

至今已再版到第五版。这既反映了读者对该教材的厚爱,又

体现了法律出版社的专业,

当然,

也有我们作者努力的因素在发挥作用。

但是,

按照今天的眼光来审视,由于第五版完成于 2

0

1

0年 2月,该教科书未能跟进新出

台的法律及司法解释,

未来得及吸纳最新的研究成果。而且,合著的方式也造成全书的叙述

风格未尽一致。从作者角度而言,

韩世远教授以及我本人在不同出版社均有出版独著的合同

法教科书,

但相当多的教学单位及读者个人依然喜爱并使用着这本《合同法》第五版,这也表

明该教科书仍有不小的市场需求。所有这些,都表明有对该教科书进一步修订与完善的必

要,

这也是作者对作品和读者负责的应有态度。事实上,

法律出版社教育分社丁小宣主任、吴

窻编辑也一直催促作者着手开展修订工作。

在这样的背景下,

我几乎重新改写了第五版《合同法》。从这个意义上而言,第六版《合

同法》似乎是“新作”。它反映了最新的有关法律及司法解释,吸收了最新的研究成果,相对

前版而言,

内容更为简洁,

阐释更为准确,

层次更为清晰,

风格更为统一,

叙述更为流畅。如果

说,

第六版《合同法》更为先进,那么必须诚挚地感谢丁小宣主任、吴窻编辑。没有他们极其

富有艺术性的修订督促,

就没有这本新版《合同法》。

《合同法》第六版全部由崔建远教授重新改写。本教科书起初的编写分工如下:崔建远

编写第 1~9章、

第 1

1章、

第 1

2章和第 1

4章;

王闯、

王成编写第 1

2章;

申卫星编写第 1

0章;

韩

世远编写第 1

3章;

于淑妍编 写 第 1

5章;薛 文 成 编 写 第 1

6~1

9章、第 2

1章;王 轶 编 写 第 2

0

章、

第 2

4~2

9章;

杨明刚编写第 2

2章、

第 2

3章。

诚然,

改革在继续,

生活在变迁,

社会在发展,法治在健全,认识在深化,加之我们自己的

能力有限,

第六版《合同法》仍会存在这样或那样的不足,真诚地欢迎读者批评指正,促使我

们继续修订、

不断优化。“路漫漫其修远兮,

吾将上下而求索。

”

崔建远

于 2

0

1

5年 7月 3日

自序于清华大学明理楼

第五版说明

近年来,

我国陆续出台了若干民事法律及司法解释,加之本书合同法总论部分仍有精雕

细刻的余地,

分论部分存在较大修订的必要,

使得这部《合同法》教材有了第五版。

此次修订工作主要表现在如下方面:

根据我国物权法的规定完善了有偿合同和无偿合同

分类的法律意义,

将法释[2

0

0

9]5号的规定补充进了涉他合同之中,修正了违反从给付义务

的法律后果,

更加完善了未生效合同的类型及其命运,增加了不履行报批义务的缔约过失类

型,

充实和完善了强制缔约的法律效果的理论,将法释[2

0

0

9]5号的规定补充进了合同的成

立与形式部分,将 “合 同 标 的 确 定 和 可 能”从 有 效 要 件 里 删 除,增加 了 “当 事 人 约 定 合 同 无

效”、

“无效合同的转换”的内容,

将法释[2

0

0

9]5号的规定补充进了合同效力的补正部分,分

析并反思了法释[2

0

0

9]5号关于情事变更原则的规定,增加了涉及履行的抗辩权理论,修订

了同时履行抗辩权、

先履行抗辩权在成立要件方面的理论,将法释[2

0

0

9]5号的规定补充进

了合同的保全部分,

增加了“定金合同的终止”的分析,重写了合同权利、义务的终止概述部

分,

并将法释[2

0

0

9]5号的规定补充进了各种合同终止的原因之中,丰富了限制责任竞合的

例证及其分析,

将法释[2

0

0

9]5号的规定补充进了违约金的增减部分。买卖合同一章主要修

订了法律性质的分析、

物的瑕疵担保部分,删除了“买卖合同的条款”一节;赠与合同一章主

要修订了赠与合同的分类;

借款合同一章增加了两点合同的法律性质;租赁合同一章将法释

[2

0

0

9]1

1号的规定补充进来,

完善了法律性质的概括,

丰富了定期租赁合同和不定期租赁合

同分类的法律意义,

扩充并改写了租赁的特性,

修订了租赁合同效力的有关表述甚至观点;将

承揽合同的法律性质和承揽合同的法律效力两节重复的内容进行了合并,润色甚至改写了若

干关于当事人权利、

义务的阐释;

删除了运输合同有些为实践合同的表述;

技术合同一章主要

润色了法律性质的总结、

增加了技术合同无效的后果、润色了技术开发合同和技术转让合同

的法律性质、

增写了技术咨询合同和技术服务合同的区别;保管合同一章重写了法律性质部

分;

仓储合同一章润色了法律性质的描述,

重写了仓单丧失的救济,

充实了存货人或仓单持有

人义务的介绍;

委托合同一章完善了法律性质的概括、受托人的财产转交义务与委托人的支

付报酬义务。

崔建远

2

0

1

0年 1月 1

5日

修订于清华大学明理楼

第四版说明

教育部普通高等教育“十一五”国家级规划教材的建设,推动了《合同法》(第三版)教材

的再次修订。当然,

自 2

0

0

3年以来,

我国有关合同的立法及司法解释已有新的进展,国内外

的专家学者对合同法的研究在继续深化,

许多著述陆续面世,《合同法》教材的作者们对合同

法乃至整个民法的学习和探讨又有所得,这些都为此次修订《合同法》(第三版)教材奠定了

良好的基础。

鉴于《合同法》(第三版)教材的结构基本合理,

只是个别观点表述不够准确甚至错误,某

些内容有所缺失,

若干叙述已不符合新颁行的法律、法规、规章及司法解释的规定和精神,我

们没有打乱《合同法》(第三版)教材的体系,

而是重在探微和进一步完善。

此次修订工作主要表现在如下方面:辨析了合同之债是否限于财产关系,修正了合同法

的基本原则均为强制性规范的观点,

丰富了合同正义的内容,简介了不完全双务合同的概念

及其价值,

完善了一时性合同与继续性合同区分的标准和意义,订正了由第三人履行合同的

法律效力,

增加了合同未生效的阐释,

细化了要约与要约邀请的识别标准,

新增了电子合同的

有关内容,

强化了强制缔约的分析,

赞同格式之争中的“剔除规则”,深化了意思实现的阐明,

介绍了事实缔约理论的式微,

完善了绝对无效和相对无效的理论,

增加了恶意之抗辩的内容,

强化了强制性规范与合同效力之间的关系的分析,探讨了违反强制性规范、损害社会公共利

益之间的关系,

反思了显失公平的构成,

深化了无权代理后果的解析,

讨论了非对价关系场合

的同时履行抗辩权问题,

分析了先履行抗辩权在继续性合同中的运用,进一步斟酌了保证债

务与诉讼时效间的理论,

细化了保证与物的担保之间的关系的规则,较为全面地介绍和分析

了保证金的类型和效力,

简介了有关法律文件对禁止债权让与特约的效力的发展变化,细化

了债权让与通知时间的分析,

订正和深化了债权二重让与的理论,丰富和发展了合同解除的

理论,

指出了不可抗力的构成不宜一律要求具备三个 “不能”,丰富和完善了买卖合同的 理

论,

加强和细化了赠与合同中的任意撤销和法定撤销的阐释,强化了房屋租赁合同中承租人

优先购买权制度的分析,

等等。

戴孟勇博士于 2

0

0

7年 3月 2

5日电邮来他对《合同法》(第三版)的 1

0

1个勘误或疑问,

或

者被此次修订工作所采纳,

或者引起了我们的重视,

特此致谢!

此次修订工作的分工为:

第 1章至第 1

3章的内容由崔建远教授负责;第 1

4章至第 2

8章

的内容由王轶教授负责。

尽管修订者做出了很大努力,

但不完善之处仍在所难免,

尚祈读者批评指正。

崔建远　王　轶

2

0

0

7年 3月 8日

第三版说明

《中华人民共和国合同法》的颁行,

结束了《中华人民共和国经济合同法》、《中华人民共

和国涉外经济合同法》、

《中华人民共和国技术合同法》三足鼎立的局面,完善统一了我国市

场经济条件下交易的基本规则。这部法律的制定,立足于中国国情,广泛借鉴吸收了其他国

家和地区以及一些国际公约中的优秀法律成果,

较以往的合同立法有重大的突破和进展。

1

9

9

9年年底,

我们依据新颁行的《中华人民共和国合同法》的精神及具体规则,在 1

9

9

8

年由崔建远教授撰写《合同法》的基础上,重新编写了《合同法》教材,由崔建远任主编,韩世

远、

王轶、

王成任副主 编。撰 稿 人 分 别 是 崔 建 远 (撰 写 第 1~9章、第 1

1章、第 1

2章、第 1

4

章);

王闯、

王成(撰写第 1

1章);

申卫星(撰写第 1

0章);

韩世远(撰写第 1

3章);

于淑妍(撰写

第 1

5章);

薛文成(撰写第 1

6~1

9章、第 2

1章);王轶(撰写第 2

0章、第 2

4~2

9章);杨明刚

(撰写第 2

2章、

第 2

3章)。其中,

总论部分由韩世远博士统稿,分论部分由王轶博士、王成博

士统稿,

戴孟勇先生就债权人的撤销权、

保证、

保证人的代位权与债权人的代位权的区别等问

题提出了有见地的意见,

最后由崔建远教授负责全书的统稿和定稿。

这部教材自 2

0

0

0年出版之后,

受到了读者的欢迎。然而在这三年中,我国的社会生活发

生了明显的变化:

有些合同案件反映出来的新问题,

审判和仲裁实务积累的宝贵经验,若干法

律的颁行,

新的司法解释的出台,

民法学术研究的深入,本教材编写人员认识水平的提升,以

及认真的同行和读者对本书观点的商榷和批评,都促使我们深入思考。所有这些,都使我们

决心再次修订《合同法》教材。目前这个版本中的“合同的保全”、“合同的担保”、“合同的转

让”、

“合同的解释”几乎是重新撰写的;“合同的无效”、“提存”、“违约金”、“买卖合同”等章

节也有较大的修改。

此次修订工作的分工如下:崔建远教授负责合同法总论部分的第 1~6 章、第 8~1

0章、

第 1

1章和第 1

3章;

韩世远博士负责合同法总论部分的第 7章和第 1

2章;王轶博士负责合同

法分论部分的全部,

即第 1

4~2

8章。最后,

由崔建远教授负责全书的统稿和定稿。

此次修订工作,

不仅三名执笔人经常就所涉及的问题相互讨论,而且就虚伪表示与隐匿

行为、

债权让与的概念、

债权让与和基础行为之间的关系、债权让与的有因或者无因、债权让

与和善意取得、

债务承担等问题,

耿林先生、李昊先生、戴孟勇先生和韩海光先生也发表了许

多有价值、

富于启发性的意见。耿林先生创作性地校对和修改,使本教材不仅避免了许多错

误,

而且增色不少。特此致谢!

尽管修订者做出了很大努力,对 《合同法》教材的修订 动 作 较 大,但 不 完 善 之 处 在 所 难

免,

尚祈读者批评指正。

作　者

2

0

0

3年 1月

缩 略 语 表

◆ 主要法律法规及缩略语

《中华人民共和国宪法》

《宪法》

《中华人民共和国民法通则》

《民法通则》

《中华人民共和国合同法》

《合同法》

《中华人民共和国经济合同法》

《经济合同法》

《中华人民共和国涉外经济合同法》

《涉外经济合同法》

《中华人民共和国技术合同法》

《技术合同法》

《中华人民共和国产品质量法》

《产品质量法》

《中华人民共和国消费者权益保护法》

《消费者权益保护法》

《中华人民共和国反不正当竞争法》

《反不正当竞争法》

《中华人民共和国保险法》

《保险法》

《中华人民共和国海商法》

《海商法》

《中华人民共和国物权法》

《物权法》

《中华人民共和国城市房地产管理法》

《城市房地产管理法》

《中华人民共和国担保法》

《担保法》

《中华人民共和国律师法》

《律师法》

《中华人民共和国水污染防治法》

《水污染防治法》

《中华人民共和国农村土地承包法》

《农村土地承包法》

《中华人民共和国建筑法》

《建筑法》

《中华人民共和国电子签名法》

《电子签名法》

《中华人民共和国票据法》

《票据法》

《中华人民共和国公司法》

《公司法》

《中华人民共和国企业破产法》

《企业破产法》

《中华人民共和国民事诉讼法》

《民事诉讼法》

《中华人民共和国标准化法》

《标准化法》

《中华人民共和国侵权责任法》

《侵权责任法》

《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》

《中华人民共和国外汇管理条例》

《外汇管理条例》

《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》

《中外合资经营企业法实施条例》

《中华人民共和国电信条例》

《电信条例》

◆ 主要司法解释及缩略语

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干

《关于民法通则的意见》

问题的意见(试行)》

2

缩略语表

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题

《关于民事诉讼法的意见》

的意见》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的

法释[1

9

9

9]1

9号

解释(一)》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的

法释[2

0

0

0]4

4号

解释》

《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处

法释[2

0

0

1]1

2号

置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题

的规定》

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干

法释[2

0

0

3]7号

问题的解释》

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题

法释[2

0

0

3]2

0号

的解释》

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律

法释[2

0

0

4]1

4号

问题的解释》

《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题

法释[2

0

0

4]2

0号

的解释》

《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用

法释[2

0

0

5]5号

法律问题的解释》

《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律

法释[2

0

0

5]6号

问题的解释》

《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题

法释[2

0

0

8]1

1号

的规定》

《最高人民法院关于废止 2

0

0

7年底以前发布的有关司法解释

法释[2

0

0

8]1

5号

(第七批)的决定》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的

法释[2

0

0

9]5号

解释(二)》

《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用

法释[2

0

0

9]1

1号

法律若干问题的解释》

《最高人民法院关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会

法发[2

0

0

9]1

9号

纪要》

《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干

法发[2

0

0

9]4

0号

问题的指导意见》

《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的

法释[2

0

1

0]9号

规定(一)》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的

法释[2

0

1

1]3号

规定(三)》

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》

法释[2

0

1

2]8号

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》

法释[2

0

1

5]1

8号

目　　录

第一章　绪论 ……………………………………………………………………………… (1) 第一节　合同法的概念 ………………………………………………………………… (1) 第二节　合同法的作用 ………………………………………………………………… (3) 第三节　合同法的原则 ………………………………………………………………… (5) 第四节　合同法的体系 ………………………………………………………………… (1

1)

第二章　合同的分类 ……………………………………………………………………… (1

3)

第一节　合同的分类概述 …………………………………………………………… (1

3)

第二节　典型合同与非典型合同 ……………………………………………………… (1

4)

第三节　双务合同与单务合同 ………………………………………………………… (1

6)

第四节　有偿合同与无偿合同 ………………………………………………………… (1

7)

第五节　诺成合同与实践合同 ………………………………………………………… (1

8)

第六节　要式合同与不要式合同 ……………………………………………………… (1

9)

第七节　一时性合同与继续性合同 …………………………………………………… (1

9)

第八节　主合同与从合同 …………………………………………………………… (2

1)

第九节　束己合同与涉他合同 ………………………………………………………… (2

1)

第十节　个别合同与框架合同
…………………………………………………………… (2

3)

第十一节　实定合同与射幸合同
………………………………………………………… (2

4)

第十二节　本约与预约
…………………………………………………………………… (2

5)

第三章　合同的订立
…………………………………………………………………………… (2

7)

第一节　合同的订立概述
……………………………………………………………………… (2

7)

第二节　要约
……………………………………………………………………………… (2

8)

第三节　承诺
……………………………………………………………………………… (3

2)

第四节　竞争缔约
………………………………………………………………………… (3

5)

第五节　强制缔约
………………………………………………………………………… (3

6)

第六节　附合缔约
………………………………………………………………………… (3

8)

第七节　要约和承诺程序的变异
………………………………………………………… (4

2)

第八节　合意与不合意
………………………………………………………………………… (4

5)



目　　录

第四章　合同的内容与形式
………………………………………………………………………… (4

8)

第一节　合同的条款
…………………………………………………………………………… (4

8)

第二节　合同权利与合同义务
……………………………………………………………… (5

0)

第三节　合同的形式
…………………………………………………………………………… (5

7)

第五章　合同的效力
………………………………………………………………………………… (6

0)

第一节　合同的效力概述
……………………………………………………………………… (6

0)

第二节　合同的有效要件

……………………………………………………………………… (6
3)
第三节　合同的无效
……………………………………………………………………………… (6
5)
第四节　合同的撤销
……………………………………………………………………………… (7
4)
第五节　合同效力的补正
……………………………………………………………………… (7
8)
第六节　合同不成立、
无效、
被撤销或不被追认的法律后果 ……………………………… (8
2)
第六章　合同的履行
……………………………………………………………………………………… (8
7)
第一节　合同的履行概述
……………………………………………………………………… (8
7)
第二节　合同履行的原则
……………………………………………………………………… (8
8)
第三节　合同履行的规则
……………………………………………………………………… (9
1)
第四节　涉及履行的抗辩及抗辩权

……………………………………………………………… (9

7)

第七章　合同的保全
……………………………………………………………………………………… (1

1

3)

第一节　合同的保全概述
………………………………………………………………………… (1

1

3)

第二节　债权人代位权
…………………………………………………………………………… (1

1

3)

第三节　债权人撤销权
…………………………………………………………………………… (1

2

5)

第八章　合同的担保
……………………………………………………………………………………… (1

3

6)

第一节　合同的担保概述
………………………………………………………………………… (1

3

6)

第二节　保证
………………………………………………………………………………………… (1

3

9)

第三节　定金
…………………………………………………………………………………… (1

5

8)

第九章　合同的变更
………………………………………………………………………………… (1

6

4)

第一节　合同的变更概述
……………………………………………………………………… (1

6

4)

第二节　合同变更的条件与效力
…………………………………………………………… (1

6

5)

第十章　合同的转让
………………………………………………………………………………… (1

6

9)

第一节　合同的转让概述
……………………………………………………………………… (1

6

9)

第二节　债权让与
……………………………………………………………………………… (1

6

9)

第三节　债务承担
………………………………………………………………………… (1

8

0)

第四节　合同权利义务的概括移转
……………………………………………………… (1

8

6)



第十一章　合同的解除
………………………………………………………………………… (1

8

9)

第一节　合同的解除概述
……………………………………………………………………… (1

8

9)

第二节　合同解除的条件
……………………………………………………………………… (1

9

3)

第三节　合同解除的程序
……………………………………………………………………… (1

9

7)

第四节　合同解除的效力
…………………………………………………………………… (2

0

3)

第十二章　合同权利义务的终止
………………………………………………………………… (2

1

0)

第一节　合同权利义务的终止概述
………………………………………………………… (2

1

0)

第二节　清偿
…………………………………………………………………………………… (2

1

1)

第三节　抵销
…………………………………………………………………………………… (2

1

4)

第四节　提存
…………………………………………………………………………………… (2

1

8)

第五节　免除
…………………………………………………………………………………… (2

2

2)

第六节　混同
…………………………………………………………………………… (2

2

3)

第十三章　违约责任
…………………………………………………………………………… (2

2

5)

第一节　违约责任概述
……………………………………………………………………… (2

2

5)

第二节　违约责任的分类
…………………………………………………………………… (2

3

3)

第三节　违约责任的归责原则
……………………………………………………………… (2

3

5)

第四节　违约责任的构成要件
……………………………………………………………… (2

3

7)

第五节　免责条件与免责条款
……………………………………………………………… (2

4

4)

第六节　违约责任与侵权责任的竞合
…………………………………………………… (2

4

8)

第七节　强制履行
……………………………………………………………… (2

5

4)

第八节　赔偿损失
……………………………………………………………… (2

5

9)

第九节　违约金责任
…………………………………………………………… (2

7

2)

第十四章　合同的解释
……………………………………………………………… (2

8

2)

第一节　合同解释概述
…………………………………………………………… (2

8

2)

第二节　合同解释的原则
………………………………………………………… (2

8

4)

第三节　合同解释的规则
…………………………………………………………………… (2

8

8)

第四节　合同漏洞的补充
…………………………………………………………………… (2

9

1)

第五节　格式条款的解释
…………………………………………………………………… (2

9

2)

第六节　免责条款的解释
…………………………………………………………………… (2

9

6)

第十五章　买卖合同
……………………………………………………………………………… (2

9

9)

第一节　买卖合同概述
……………………………………………………………………… (2

9

9)

第二节　买卖合同的效力
…………………………………………………………………… (3

0

1)

第三节　特种买卖合同
…………………………………………………………………… (3

1

3)

4

目　　录

第十六章　供用电、

水、

气、

热力合同 ………………………………………………………… (3

1

8)

第一节　 供用电、

水、

气、

热力合同概述 ………………………………………………… (3

1

8)

第二节　供用电合同
……………………………………………………………………… (3

1

9)

第十七章　赠与合同
…………………………………………………………………………… (3

2

2)

第一节　赠与合同概述
…………………………………………………………………… (3

2

2)

第二节　赠与合同的效力
………………………………………………………………… (3

2

5)

第三节　赠与合同的终止
………………………………………………………………… (3

2

6)

第十八章　借款合同
……………………………………………………………………………… (3

3

0)

第一节　借款合同概述
…………………………………………………………………… (3

3

0)

第二节　借款合同的效力
………………………………………………………………… (3

3

1)

第三节　借款合同的终止
………………………………………………………………… (3

3

2)

第十九章　租赁合同
…………………………………………………………………… (3

3

3)

第一节　租赁合同概述
……………………………………………………………… (3

3

3)

第二节　租赁合同的效力
…………………………………………………………… (3

3

6)

第三节　租赁合同中的风险负担
………………………………………………………… (3

4

9)

第四节　租赁合同的变更
…………………………………………………………… (3

4

9)

第五节　租赁合同的终止
…………………………………………………………… (3

5

1)

第二十章　融资租赁合同
……………………………………………………………… (3

5

3)

第一节　融资租赁合同概述
…………………………………………………………………… (3

5

3)

第二节　融资租赁合同的效力
………………………………………………………………… (3

5

5)

第三节　融资租赁合同的终止
………………………………………………………………… (3

5

9)

第二十一章　承揽合同
………………………………………………………………………………… (3

6

1)

第一节　承揽合同概述
………………………………………………………………………… (3

6

1)

第二节　承揽合同的效力
……………………………………………………………………… (3

6

4)

第三节　承揽合同中的风险负担
……………………………………………………………… (3

7

1)

第四节　承揽合同的终止
…………………………………………………………………… (3

7

2)

第二十二章　建设工程合同
……………………………………………………………………… (3

7

3)

第一节　建设工程合同概述
………………………………………………………………… (3

7

3)

第二节　建设工程合同的订立
…………………………………………………………… (3

7

6)

第三节　建设工程合同的无效及其后果
……………………………………………… (3

7

8)

第四节　建设工程合同的效力
…………………………………………………………… (3

7

9)



第二十三章　运输合同
…………………………………………………………………………… (3

8

4)

第一节　运输合同概述
…………………………………………………………………… (3

8

4)

第二节　客运合同
…………………………………………………………………………… (3

8

5)

第三节　货运合同
…………………………………………………………………………… (3

8

8)

第四节　联运合同
…………………………………………………………………………… (3

9

2)

第二十四章　技术合同
…………………………………………………………………………… (3

9

5)

第一节　技术合同概述
…………………………………………………………………… (3

9

5)

第二节　技术开发合同
…………………………………………………………………… (4

0

0)

第三节　技术转让合同
…………………………………………………………………… (4

0

6)

第四节　技术咨询合同
…………………………………………………………………… (4

1

0)

第五节　技术服务合同
…………………………………………………………………… (4

1

2)

第二十五章　保管合同
…………………………………………………………………… (4

1

8)

第一节　保管合同概述
…………………………………………………………………… (4

1

8)

第二节　保管合同的效力
…………………………………………………………………… (4

2

0)

第三节　保管合同的终止
…………………………………………………………………… (4

2

4)

第二十六章　仓储合同
…………………………………………………………………………… (4

2

6)

第一节　仓储合同概述
……………………………………………………………………… (4

2

6)

第二节　仓储合同的效力
…………………………………………………………………… (4

2

8)

第三节　仓储合同的终止
…………………………………………………………………… (4

3

4)

第二十七章　委托合同
…………………………………………………………………………… (4

3

6)

第一节　委托合同概述
……………………………………………………………………… (4

3

6)

第二节　委托合同的效力
…………………………………………………………………… (4

4

0)

第三节　间接代理制度
…………………………………………………………………… (4

4

7)

第四节　委托合同的终止
………………………………………………………………… (4

4

9)

第二十八章　行纪合同
……………………………………………………………………… (4

5

2)

第一节　行纪合同概述
…………………………………………………………………… (4

5

2)

第二节　行纪合同的效力
………………………………………………………………… (4

5

4)

第二十九章　居间合同
……………………………………………………………………… (4

6

0)

第一节　居间合同概述
…………………………………………………………………… (4

6

0)

第二节　居间合同的效力

……………………………………………………………… (4

6

2)

第一章　绪　　论

第一节　合同法的概念

一、

合同

(一)合同的界定

合同的类别较多,

有劳动法上的合同、

行政法上的合同、

民法上的合同等,

每类合同的含义

明显不同。民法上的合同并非千篇一律,

存在着物权合同、

债权合同、

身份合同等种类,

每种合

同的界定各有不同。《合同法》所规范的合同,是平等主体之间设立、变更、终止民事权利义务

关系的协议(第 2条第 1款)。仅就文义而言,尚难准确地判断出此处所谓的协议的类型和含

义,

根据《合同法》第 2条第 2款的规定,婚姻、收养、监护等有关身份关系

的协议,适用其他法

律的规定,

可知此处的协议不包含身份合同。另外,

中国改革开放几十年来,

无论是在实践中,

还是《合同法》等法律都没有区分过物权合同和债权合同,

〔1〕可以断言,此处所说的协议也不

包含物权合同。合同法的立法方案及学说认为,

《合同法》规范的是债权合同。

〔2〕

债权合同的概念系相对于物权合同的概念而具有存在价值,由于中国现行法未采纳物权

行为独立性和无因性制度及其理论,

〔3〕

因此将中国合同法上的合同称为债权合同反倒是有点

画蛇添足了。鉴于此,

除非上下文表述的需要,

本书一般不采用债权合同的概念,

而径称合同。

在民法及其学说史上,

曾有合同和契约的区别。前者为当事人的目的相同,

意思表示的方

向也一致的共同行为。后者系当事人双方的目的对立,

意思表示的方向相反的民事法律行为。

中国现行法已不再作这样的区分,

而是把二者都称作合同。

中国原来的法律及理论区分经济合同与非经济合同、

商事合同与民事合同、

国内合同和涉

外经济合同,

调整规范也相应地有所差异。《合同法》不再作如此分类,而统称为合同,对它们

统一进行规制。

(二)合同的法律性质

1.

合同是一种民事法律行为(以下简称法律行为)。合同以意思表示为要素,并且根据意

〔1〕王胜明:

“物权法制定过程中的几个重要问题”,

载《法学杂志》2

0

0

6年第1期;王胜明:“关于物权法若干问题的思

考”,

载中国法学会民法学研究会、

中国人民大学法学院、

广东省律师协会编:

《中国物权法疑难问题研讨会论文集》

(2

0

0

5年 1

2月 7日),

第 2

1页。

〔2〕 梁慧星:

《民法学说判例与立法研究》(二),

国家行政学院出版社 1

9

9

9年版,

第 1

2

2页。

〔3〕 梁慧星:

“如何理解合同法第 5

1条”,

载《人民法院报》2

0

0

0年 1月 8日;

谢怀栻等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0

年版,

第 1

0

2页以下;

崔建远:

“无权处分辨”,

载《法学研究》2

0

0

3年第 1期。



思表示的内容赋予相应的法律效果,

故为法律行为,

而非事实行为。

2.

合同是两方以上当事人意思表示一致的法律行为。合同的成立必须有两方以上的当事

人,

他们相互为意思表示,

并且意思表示相一致。这是合同区别于单方法律行为的重要标志。

3.

合同是以设立、

变更、

终止民事权利义务关系为目的的法律行为。任何法律行为均有目

的性,

合同的目的性在于设立、

变更、

终止民事权利义务关系。

4.

合同是当事人各方在平等、

自愿的基础上产生的法律行为。在民法上,

当事人各方在订

立合同时的法律地位是平等的,

所为的意思表示是自主自愿的。当然,在现代法上,为实践合

同正义,

自愿或曰自由时常受到限制,

如强制缔约、

格式合同、

劳动合同的社会化等,

为其著例。

二、

合同法

合同法,

即有关合同的法律规范的总称,

是调整平等主体之间的交易关系的法律。关于合

同的订立、

合同的成立与生效的条件、

合同的内容、

合同的效力及合同无效、

被撤销、

效力未定、

合同的履行、

合同的保全、

合同的保证、定金、押金及保证金、合同的变更、合同的转让、合同的

解除、

合同的救济、

合同的消灭、

合同的解释、

各类合同的法律规范等,

均属合同法的范畴。

合同法在英美法系是与财产法、

侵权行为法、信托法等并列的独立法律部门,但在大陆法

系中,

合同法的上位概念是债法,

债法的上位概念是民法,

故合同法为民法的组成部分,

其主干

被放置于民法典的债编之中。在中国,合同法也归属于民法,它并不是一个独立的法律部门。

不过,

在民法典尚未出台的背景下，

《合同法》是以单行法的形式存在的。

其实，

《合同法》只是中国合同法的大本营，

诸如《担保法》、

《城市房地产管理法》、

《著作权

法》等许多单行法关于合同的规范都是中国合同法的组成部分，

最高人民法院有关合同的司法

解释同样如此，

《民法通则》有关法律行为、

民事行为、

债权的规定，

更是中国合同法律规范所不

可或缺的成分，

甚至于《物权法》中也有若干合同规范。

在近现代社会，

合同法主要调整平等主体之间基于平等、

自愿等原则而发生的转让物品或

权利、

完成工作和提供劳务等的交易关系，

故它为交易法。这些交易关系通常可用货币衡量评

价，

具有财产价值，

故合同法为财产法。交易关系由当事人自主自愿设立、

变更或终止,

合同法

规范多为当事人交易的模式,

允许当事人依其意思加以改变,

故合同法基本上为任意法。合同

法直接界定市场要素,

全面规制市场交易活动,它是市场经济的核心交易规则,故为市场经济

的基本法律。

关于合同法的本质,

存在多视角的透视。运用阶级分析的方法,

可知合同法是特定社会统

治阶级意志的体现。在剥削阶级社会,

合同法是剥削劳动者的法律武器。在中国,

合同法是发

展社会主义市场经济,

满足市场主体需要,

获得最佳经济效益的重要工具。从经济与法的角度

看,

合同关系是可期待的信用,

合同法保护这种信用。它首先确认让渡商品与实现价值存在时

间差的合理性,

确认经济利益暂时不平衡的合理性,

同时又保证这种差距可以消除。

〔4〕从合同

关系自身讲,

合同及其法律所保护的是当事人之间的信赖与期待,

实现意思自治的理念。

〔5〕从

〔4〕杨振山:

“社会主义初级阶段理论与我国民法学”,

载《中国法学》1

9

8

8年第 5期。

〔5〕王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 2页。



当事人的目的及利益观察,

合同及其法律是债权人实现其特定利益的手段。

〔6〕合同关系的成

立,

旨在达到一定的法律目的,

即将债权变为物权或与物权有同等价值或相似价值的权利。

〔7〕

债权人订立合同就在于取得这些权利,实现特定利益。尤其需要注意的是,自资本主义开始, 债权不复是旨在取得物权或利用物的手段,

它本身就是法律生活的目的。

〔8〕

## 第二节　合同法的作用

### 一、

### 合同法与市场运行

市场经济是动态的过程,

始终处于运行状态。市场运行以市场主体的交易活动为基本内

容,

无数的交易活动构成完整的市场。交易活动中的“买”和“卖”一般都会在时间上和空间上

分离,

因此,

如何使市场主体讲诚实、守信用,使双方实现交易利益,达到交易目的便成为一个

突出的问题。在市场经济条件下,

仅靠市场主体的友情约束、道德规制难以时时事事奏效,必

须有法律的锁链加以拘束,

依靠法律的强制力来保障交易活动的正常进行。一句话,

必须有合

同债和合同法才能保障交易活动的顺利开展。

〔9〕

交易活动离不开交易主体(市场主体)、交易对象、交易合意。这些正是

合同的要素,因此

许多国家的法律及学说直接把合同界定为交易。何人及具备什么条件方能成为交易主体,何

物才可为交易对象以及成为何种交易的对象,交易合意依据何种程序进行以及合意如何才算

达成,

已经达成的合意发生何种法律效力,在何种情况下合同可被变更或解除,交易主体违背

合意时采用什么法律手段加以救济等,都需要合同法加以规范。这些内容恰好是交易的重要

内容。由此可知,

合同法成为了市场经济的核心交易规则、基本法律,自然也是社会主义市场

经济的基本法律。

〔

1

0

〕

二、

合同法与自主自愿

交易活动原则上由市场主体即合同当事人自主自愿地进行,合同法对此充分尊重并予以

保障,

形成意思自治原则。意思自治表明,

在纷繁复杂的交易活动中,

没有任何人,

也没有任何

机关能够认识一切、

决定一切、

支配一切,只能分而治之,让合同当事人根据自己的知识、认识

和判断,

以及所处的相关环境去自主选择自己所需要的合同,去追求自己利益的最大化。因

此,

实行意思自治,

一方面是由合同当事人在一定历史条件下理性不足和认识有限这一客观事

实所决定的;

另一方面,

它又是克服理性不足和认识有限的根本方法。各合同当事人在法定范

围内就自己的交易自治,

因为涉及的范围小、关系简单,所需信息少、反应快,所以合同当事人

〔6〕 王家福主编:

《中国民法学·民法债权》,

法律出版社 1

9

9

1年版,

第 2页。

〔7〕 林诚二:

“论债之本质与责任”,

载林诚二:《民法问题与理论研究》,中国政法大学出版社 2

0

0

0年版,第 2

0

6~2

3

6

页。

〔8〕 [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:

《法学导论》,

米健、

朱林译,

中国大百科全书出版社 1

9

9

7年版,

第 6

4页。

〔9〕 崔建远:

“合同法:

市场经济的基本法律”,

载《中国经济时报》1

9

9

7年 7月 2

4日。

〔

1

0

〕 崔建远:

“合同法:

市场经济的基本法律”,

载《中国经济时报》1

9

9

7年 7月 2

4日。



意思自治比集体统一决策往往更准确。

〔

1

1

〕

合同法把意思自治视为交易的内在构成要素,其实也就是在交易中注入了合同当事人的

主动性、

积极性和创造性,

否则,

交易只能是被动的、消极的和没有效益的。可见,意思自治是

动力之源、

效益之泉。

〔

1

2

〕

合同法以意思自治为原则,

意味着承认合同权利为自治权,

意思自治是合同权利的本质属

性。意思自治是权利与权力、

特权与强权的区分标准之一。

〔

1

3

〕

三、

合同法与公平正义

公平正义是合同法所追求的价值目标,是合同法的基本原则,是合同法要实现的重要任

务。

对于公平正义,合同法首先通过确认合同主体平等地缔约,在同一起跑线上竞争加以落

实,

并通过对当事人各方真实的合意(自由合意)的全力保护来进一步实现。在这个层面上, 合

同法略去了各个合同主体的差别,

只要他(它)具有法律人格,就一视同仁,应算是公平的。合

同法作为交易法、

任意法,

主要是体现、贯彻和保护这种形式的公平,除非不得已,不直接寻求

实质的公平。

事实上确实存在着不得已的情况,合同法尤其是现代合同法需要承担起追求和保护实质

公平的重任。其一,

在合同系因欺诈、

胁迫、

乘人之危而成立,

一方当事人违背真意并遭受损失

的场合,

合同法对此类合同予以否定性评价,有的允许当事人撤销或变更合同,有的直接规定

合同无效,

以衡平当事人之间的利益关系。其二,在合同主体不合格场合,合同法将此类合同

划归为效力未定,

授权有关人(如法定代理人)确定合同有效或无效,以协调利益关系,达到实

质公平。其三,

规制格式条款,

承认强制缔约,确立产品责任制度,强化保护经济上的弱者,周

到保护消费者,

维护社会公平。其四,

基于诚实信用原则,

形成附随义务及其理论,

践行合同正

义。至于以合同正义为基本原则,

强调双务合同中两个给付等值、合理分配风险及其他负担,

更是合同法的基本任务。

四、

合同法与经济效益

效率优先,

是经济学的题中之义。但合同法的目标多样,价值多元,不宜一律贯彻效率优

先。例如,

法律人格平等,

不分经济实力、生产能力的强弱,都给他们平等参与缔约的机会,强

调的是公平。再如,

《合同法》第 9

4条第 4款是以根本违约作为合同解除条件的,显然这与效

率违约理论未尽契合。鉴于此,不宜强调合同法与效率优先,应讨论合同法与经济效益的关

系。

合同是有效地利用资源,

实现资源优化配置的手段,

所以,

合同及其法律具有追求、

促进经

济效益的作用。合同法追求、

促进经济效益的作用,源于合同为交易的本质,交易自然导致财

产会向最有效地使用它的人处转移;

〔

1

4

〕

同时其也源于合同自由,

“自由是附随于增加财富的目

〔

1

1

〕 邱本、

崔建远:

“论私法制度与社会发展”,

载《天津社会科学》1

9

9

5年第 3期。

〔

1

2

〕 邱本、

崔建远:

“论私法制度与社会发展”, 载《天津社会科学》1995年第 3期。

〔13〕邱本、崔建远: “论私法制度与社会发展”, 载《天津社会科学》1995年第 3期。

〔14〕Richard A.

Po
s
n
e
r
,Ec
o
n
o
mi
cAn
a
l
y
s
i
so
fLa
w,Li
t
t
l
e
,Br

o

wna

n

dCo

mp

a

n

y,

1

1(1

9

7

2).



的的……在订立契约以及确立契约条款方面的自由选择权是很重要的,因为它可以确保当事

人期待从契约中获得利益,

并因而使价值提高”。

〔

1

5

〕

合同法设置清晰、

确切的订立程序、履行规则,使交易便捷,从而取得理想的经济效益;合

同法创设的合同保全、

合同担保、

违约责任三项制度,

促使债务人履行债务,

确保债权人的债权

实现,

从而取得理想的经济效益。合同的变更和解除制度是随情况的变化而调整合同关系, 将

损失降到最低限度的制度,

也是效益原则的体现。效率违约(e

f

f

i

c

i

e

n

tb

r

e

a

c

ho

fc

o

n

t

r

a

c

t

)理论

主张,

在违约比履行合同更有效益时,

宜以损害赔偿取代实际履行,

这是效益原则的极端体现。

五、

合同法与道德伦理

本来,

市场经济具有一种内在的非伦理性。一般而言,

合同法是在冷静地计算利害的基础

上规律交易的,

而伦理具有不可计算的特性,

不排除它就不能实现合同法计算和预测的技术性

功能。但是,

如果利己主义的泛滥使这种非伦理性变质成反伦理性,

那么合同法就会违背人民

的感情,

从而受到抵制和攻击。我们应该认识到,

市场经济恰好在非伦理性之外存在着特有的

伦理。市场竞争确实是靠主体的利己心来驱动,

但同时交易活动以等价为原则,

正是等价交易

构成了伦理的基础,

并通过对无偿利用和剥夺的一般性禁止,强调遵循交易规则、诚实信用等

道义规范,

从而形成市场秩序。这样的伦理先于合同法而存在,

如果合同法不保障这种伦理秩

序,

那么市场经济就很难实现稳定的发展。合同法重视道德伦理,

把效益与伦理适当地结合起

来,

才是正确的做法。

六、

合同法与社会发展

合同是对身份的超越,

将人们的权利、

义务、

地位由先天命定转变为自主创设;

合同法弘扬

人的主体性,

允许当事人自己决定交易事项;合同法以意思自治为原则,最大限度地激发了当

事人的主动性、

积极性和创造性;

合同法以诚实信用为原则,提升当事人的道德水准和精神境

界;

合同法是一套交易规则,

为市场经济提供了基本依据,

促进市场经济的发展;

合同法以平等

自由为价值,

为民主政治树立了范式。因此,

合同法是促进社会发展之法。

〔

1

6

〕

第三节　合同法的原则

一、

合同法的原则概述

合同法的原则,

是适用于合同法的特定领域乃至全部领域的准则。适用于合同法特定领

域的准则,

是合同法的具体原则,

如适用于合同履行的实际履行原则、

适当履行原则,

适用于损

害赔偿范围的完全赔偿原则等,

均属此类。适用于合同法全部领域的准则,

是合同法的基本原

〔

1

5

〕[美]迈克尔·D.

贝勒斯:

《法律的原则》,

张文显、

宋金娜、

朱卫国、

黄文艺译,中国大百科全书出版社 1

9

9

6年版,第

1

7

4~1

7

5页。

〔

1

6

〕邱本、

崔建远:

“论私法制度与社会发展”,

载《天津社会科学》1

9

9

5年第 3期。



则,

如合同自由原则等即属基本原则。二者存在如下差异:

(1)基本原则是合同法的根本准则,

贯穿于整个合同法,

统率合同法的各项制度及规范;具体原则是某个或某些合同制度的一般准

则,

适用于特定的范围。(2)基本原则体现合同法的基本价值,是合同立法、执法、守法及研究

合同法的总指导思想;

具体原则虽然也体现基本价值,但其直接反映的是特定的普通价值,仅

是特定领域或环节的指导思想。(3)基本原则是统治阶级对合同关系的基本政策的集中体现, 反映着社会经济生活条件的本质要求;

具体原则体现和反映得往往间接些。

合同法是民法的组成部分,

因而,民法的基本原则当然是合同法的基本原则,不论合同立

法是否重复规定了民法的基本原则,

都改变不了这一结论。所以,

《民法通则》规定的公序良俗

原则、

当事人的法律地位平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则、民事权益受法律保护

原则、

合法原则等,

同时也是合同法的基本原则。不过,

它们既适用于合同法领域,

又适用于物

权法等领域,

本书对其不作专门介绍。这里仅重点介绍合同法专有的基本原则:合同自由原

则、

合同正义原则和鼓励交易原则。

合同法的基本原则是合同法立法的准则,具体制度及规范应当以合同法的基本原则为依

据。例如,

以合同自由为基本原则,

合同规范应多为任意性规范,少一些禁止性规范;反之,以

计划原则为基本原则,

合同法就会通过大量的强制性规范严格限制当事人的行为自由。由此

可见,

采纳不同的基本原则,

将对合同立法的内容产生截然不同的影响。

〔

1

7

]

合同法的基本原则是解释和补充合同法的准则。合同法规范抽象,在适用于具体案件时

须加以解释。解释时须受基本原则的支配,才能维持公平正义。此外,合同法存在漏洞时,也

要以基本原则为最高准则加以补充,

才不会发生偏差。

合同法的基本原则是解释、

评价和补充合同的依据。合同条款及语句的含义如何,

合同有

效、

无效、

可撤销抑或效力未定,

合同的漏洞如何补充,

在寻求其法律依据时需先找到具体的合

同法规范,

但无具体的规范或适用具体的规范违反立法目的时,

基本原则即可发挥作用。

合同法的基本原则本身即具有规范作用,其指导人们正确行使权利、适当履行义务,兼顾

个人利益与社会利益,

不损害他人的合法权益。并且合同法的基本原则在总体上属于强制性

规范,

当事人应当遵守,在多数情况下不允许当事人以约定排除其适用。当事人若有此类约

定,

在多数情况下无效。当然,

这个问题较为复杂,

下文作专题讨论。

合同法的基本原则有若干项,

在是否允许当事人以约定排除其适用的问题上,

并不能一概

而论,

需要类型化地分析。

社会公共利益原则和社会公德原则,

又称公序良俗原则,

属强制性规范,

总体说来,

不允许

当事人以约定排除其适用,

违反这一原则的约定大多无效。当然,也有学说认为,公序良俗原

则不应被简单地列为强制规范,

而应将其视为价值补充的一般条款(Ge

n

e

r

a

l

k

l

a

u

s

e

l

),或称概括

条款。

〔

1

8

〕 瑞士法规定,在合同违反公序良俗原则是否无效有疑义时,有的部分无效,以使无效

以及“该缺陷所带来的必然后果”被限制在必要的最小限度内。

〔

1

9

〕

〔

1

7

〕 王利明、

崔建远:

《合同法新论·总则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

6年版,

第 9

8~9

9页。

〔

1

8

〕 Br

o

x,Ha

n

s

,Al

l

g

e

me

i

n

e

rTe

i

ld

e

sBGB,Ca

r

lHe

y

ma

n

n

sVe

r

l

a

g

,2

8.Au

f

l

.2

0

0

4,Rn3

3

6,S.

1

6

3.

转引自耿林:

《强制

规范与合同效力》,

中国民主法制出版社 2

0

0

9年版,

第 1

0

6页。

〔

1

9

〕 BGE4

3II,S.660,661f

.

;Ga

u

c

h/

Sc

h

l

u

e

p,Ob

l

i

g

a

t

i

o

n

e

n

r

e

c

h

t

,Rr

.6

9

3.转引自耿林:

《强制规范与合同效力》，中国民主法制出版社2009年版，第113页。



诚实信用原则属于一般条款，是一个在法律适用时需要援用一般价值的条款，如援用公平(Billigkeit)，它不是一个可以直接适用的具体规范。

〔

2

0

〕诚实信用原则虽然具有强行法的性质,

在这一点上和强制规范的违反禁止规则是一样的,但是,在一定条件下,还是可以允许当事人

对其加以有效变更的。

〔

2

1

〕

对于合同正义原则,

不宜笼统地将其定性为强制性规范抑或任意性规范,

应当进行类型化

的区分。其中的给付与对待给付之间的等值性规范,

只有在违反它造成显失公平的后果时,

或

系由欺诈、

胁迫、

乘人之危造成的情况下,

才表现出强制性。其中的风险负担规则,

可以由当事

人通过约定排除,

因此呈现出任意性。其中的损害赔偿归责原则,

有人认为可以由当事人约定

改变。如果这是正确的话,

它就具有任意性。其中的附随义务规则,当事人原则上应予遵守, 其强制性明显。免责条款无效和可撤销的规则是强制性规范。

在合同法的基本原则中,

鼓励交易原则的强制性最弱。当事人约定合同变更的条件、合同

解除的条件、

附停止条件、

附解除条件等,原则上都应当有效。鼓励交易原则的功能主要不在

于据此判定当事人的约定有效与否,而在于合同立法时应当贯彻其精神,立法者设计合同无

效、

合同撤销、

效力待定、

合同的履行等制度时,

应当尽量承认合同的效力,

鼓励合同适当履行。

二、

合同自由原则

合同自由,是指当事人在法律允许的范围内,就与合同有关的事项享有选择和决定的自

由。

〔

2

2

〕 合同自由反映了商品经济的本质要求,因而有商品经济就会有合同自由的观念,但作为

一项法律原则却迟至近代民法才得以确立。

一般认为合同自由原则具体包括以下内容:

〔

2

3

〕

1.

缔约自由,

即根据本人的需要和意愿而决定是否与他人缔结合同的自由。这是合同自

由原则最基本的要求,

是享有其他方面的决定自由的前提。“缔约自由的结果首先是:敞开机

会,

通过在市场上精明地利用货物财产,通过法律限制,畅行无阻地利用财富作为达到支配他

人的权力手段。

”〔24〕因此缔约自由对于当事人具有重要意义。由于合同系经过要约和承诺这

〔

2

0

〕BGE4

3II,S.6

6

0,6

6

1f

.

;Ga

u

c

h/

Sc

h

l

u

e

p,Ob

l

i

g

a

t

i

o

n

e

n

r

e

c

h

t

,Rr

.6

9

3.转引自耿林:

《强制规范与合同效力》,

中国

民主法制出版社 2

0

0

9年版,

第 1

1

8页。

〔

2

1

〕 BGE4

3II,S.6

6

0,6

6

1f

.

;Ga

u

c

h/

Sc

h

l

u

e

p,Ob

l

i

g

a

t

i

o

n

e

n

r

e

c

h

t

,Rr

.6

9

3.转引自耿林:

《强制规范与合同效力》,

中国

民主法制出版社 2

0

0

9年版,

第 1

1

8页。有必要指出,对于某些恶意缔约、双方当事人之间的利益关系不平衡等情

形,

并非总是按照诚实信用原则进行调整。例如,

在一物二卖的场合,

即便第二买受人明知买卖物已是出卖人与第

一买受人之间所订买卖合同的标的物,

却依然与出卖人签订买卖合同,法律也很少以它违反诚实信用原则为由而

质疑第二份买卖合同的效力,

最多在确定买卖物的归属时考虑第二买受人的恶意。

〔

2

2

〕 崔建远、

戴孟勇:

“合同自由与法治(上)”,载高鸿钧等:《法治:理念与制度》,中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,第

2

7

8页。

〔

2

3

〕 郑玉波:

《民法债编总论》,

三民书局 1

9

9

6年版,

第 3

4~3

5页;

王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总

第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 6

9~7

0页;

王利明、

崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社 1

9

9

6年

版,

第 1

1

0~1

1

1页;

崔建远:

《合同法》,

法律出版社 1

9

9

8年版,

第 2

0页。应予指出的是,虽然上述学者在论述合同

自由的内容时并未明确提出和采用“古典的合同自由”和“现代的合同自由”这两个分析框架, 但是就其论述的内容

和顺序来看,

往往是按照合同自由的内容—合同自由的限制这一线索来进行的,而且常常将后者与现代社会相联

系。据此可以推断,

学者通常所研究的“合同自由的内容”其实就是针对古典的合同自由而言的, 而其所谓“合同自

由的限制”则无疑对应着现代的合同自由。

〔

2

4

〕 [德]马克斯·韦伯:

《经济与社会》(下卷),

林荣远译,

商务印书馆 1

9

9

7年版,

第 9

0页。

两个阶段而成立,

故而缔约自由又可区分为要约自由和承诺自由,

〔

2

5

〕

前者指是否向他人发出要

约的自由,

后者则是指是否接受他人的要约以成立合同的自由。

2.

选择相对人的自由,

即当事人有权决定选择何人作为交易伙伴,决定与何人缔结合同, 任何人均不负有必须与特定人缔约的义务。一般情况下,缔约自由同时也包括选择相对人的

自由,

没有缔约自由也就意味着没有选择相对人的自由;但在一些例外的情形中,当事人可能

失去缔约自由但仍享有选择相对人的自由。

3.

决定合同内容的自由,

即就具体的交易内容、

权利义务的分配、

合同风险的负担、违约责

任的确定、

发生纠纷时解决争议的方法等与交易密切相关的事项,只要不违反法律的强制性规

范,

当事人都有选择和决定的自由。当事人不仅得自由决定合同的内容, 而且可以在法律所规

定的有名合同之外,

订定无名合同或混合合同。

〔

2

6

〕

4.

变更或解除合同的自由,

即在合同依法成立后、履行完毕之前的任何时间内,当事人都

有权协商变更合同内容或者解除合同。这一自由表明,虽然依法成立的合同对当事人具有法

律约束力,

但是当事人仍然有权控制合同成立后的整个发展历程。

5.

选择合同形式的自由,

即当事人有权自由决定所订立的合同采取何种形式。与近代的

合同法不同,

古代法律对合同有十分严格的形式或程序要求,这种要求往往凌驾于当事人的合

意之上,

从而限制了合同自由。而古典的合同自由理论则废除了过于严苛的形式要求, 允许当

事人自由决定合同的形式,

因为任何“神圣”的形式都有可能阻碍当事人完全自由地表达其真

实意志,

而社会通过某种“神圣”的形式,

实际上已经把某种超越于当事人意志并先于此而存在

的意志,

强加给了当事人。

〔

2

7

〕 但是,这并不意味着当事人可以在合同自由的名义下为所欲为, 古典的合同自由仍然是在法律范围内的自由,仍然要受到法律的强制性规定的制约。只不过

由于历史的原因,

当时的法律对于合同自由所作的限制,较之于现代社会的法律,显得极为有

限而已。

〔

2

8

〕

虽然《民法通则》和《合同法》使用的术语是自愿原则,

但实际上自愿原则仍然属于合同自

由原则,

当然,

两者存在着些许差别:

自愿原则重在强调实施法律行为由当事人自主决定,

而合

同自由原则昭示着国家允许当事人实施法律行为的范围和自由度。

同时,

强调社会公平,注重社会公德,维护社会公共利益,需要对合同自由予以必要的限

制。在中国的邮政、

电信、

供用电、

自来水、

交通运输、

医疗等领域也存在着强制缔约,构成对合

同自由原则的限制。在保险、运输等许多领域盛行格式条款,同样也限制了合同自由原则。

《产品质量法》、

《消费者权益保护法》、

《反垄断法》、《反不正当竞争法》等法律限制垄断,维护

竞争秩序,

保护消费者权益,

都是对合同自由原则的限制,

以达到合同正义的结果。

三、

合同正义原则

合同正义系属平均正义,

指对任何人都同样看待,双方的所得与所失应是对等的,而不考

〔25〕郑玉波:《民法债编总论》,三民书局1996年版,第34页。

〔26〕苏明诗:“契约自由与契约社会化”,载郑玉波主编:《民法债编论文选辑》(上),五南图书出版有限公司1984年版,第170页。

〔27〕尹田:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第14页。

〔28〕崔建远、戴孟勇:“合同自由与法治(上)”,载高鸿钧等:《法治:理念与制度》,中国政法大学出版社2002年版,第301页。

虑其身份与地位如何。它主要作用于人们之间的交换关系,故称为交换正义,其法律上的适用领域主要是私法领域,尤其是合同法。〔29〕在双务合同场合,它强调一方给付与对方给付之间的等值性,合同上的负担和风险的合理分配。〔30〕

合同正义原则的表现之一是,给付与对待给付之间具有等值性。关于给付与对待给付之间的等值性,在判断上有客观说和主观说之分。客观说以客观的市场标准或理性之人的标准来判断当事人之间的给付与对待给付是否等值;主观说则以当事人的主观意愿来判断,纵使以市场标准或以理性之人的角度衡量并非等值,但只要当事人具有真实的合意,在主观上愿意以自己的给付换取对方的给付,

那么对双方而言就是公正的。

〔

3

1

〕由于两种给付之间在客观上是

否相当,

如对特定服务究竟应支付多少报酬,

对特定商品究竟应支付多少价款,

方为公平合理,

涉及因素甚多,

欠缺明确的判断标准,故合同法应采取主观等值原则,即当事人主观上愿以此

给付换取对待给付,

即为公平合理,

至于客观上是否等值,在所不问。

〔

3

2

〕采取主观说的深层原

因在于合同自由,

如果合同是自由订立的,

则对当事人来说就是公正的;

反之,

如果合同是基于

欺诈、

胁迫、

乘人之危等原因而订立的,

因合同自由遭受不当限制,

故对意思表示有瑕疵的一方

而言,

即不存在合同公正,

针对此情形,各国或地区的法律多赋予受害方以变更或撤销合同的

权利以为救济。

〔

3

3

〕

由此可见,

通常所说的合同正义主要是指形式的或程序的,

即建立在当事人自愿真实的意

思表示之上的公正,

一般不涉及内容客观上合理或正确性的要求,即不涉及实质上的公正;只

有在当事人的自由意志受到他人侵害,

致使意思表示不真实之际,合同公正与否才可依照客观

的标准来判断,

即追求实质的公正。

〔

3

4

〕如果缔约人面对垄断性商品或服务的提供者,在事实上

无法自由选择,

从而不得不接受明显不利于自己的合同条款,

或在胁迫、

欺诈、

乘人之危的情况

下违背真意订立合同,

则在这些情况下作出的订立合同的合意很难说是当事人内心真实的意

思表示,

此时需要依客观说处理。适用情事变更原则调整客观上的显失公平, 亦属必然。

合同正义的另一重要内容为风险的合理分配。

〔

3

5

〕在买卖合同场合,对于买卖物毁损灭失

的风险,

中国以往的实务与理论多采所有人主义,《合同法》改采交付主义,则更加合理。在承

揽、

仓储、

保管、

货物运输、

行纪等许多合同类型中,

以往的立法对风险负担比较漠视,

即使在个
别合同中规定了风险负担规则,
也不尽合理。《合同法》则对此给予了关注,
并设计了相对合理
〔
2
9
〕[美]波斯纳:
《法理学问题》,
苏力译,
中国政法大学出版社 1
9
9
4年版,
第 3
9
3页。
〔
3
0
〕王泽鉴:
《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),
三民书局 1
9

9

3年版,

第 7

0页。

〔

3

1

〕 崔建远、

戴孟勇:

“合同自由与法治(上)”,载高鸿钧等:《法治:理念与制度》,中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,第

3

1

2页。

〔

3

2

〕 [德]卡尔·拉伦茨:

《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀組译,谢怀組校,法律出版社

2

0

0

3年版,

第 6

3~6

4页;

[德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国民法总论》,

邵建东译,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 6

5

7页;

王

泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 7

0~7

1页。

〔

3

3

〕 崔建远、

戴孟勇:

“合同自由与法治(上)”,载高鸿钧等:《法治:理念与制度》,中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,第

3

1

3页。

〔

3

4

〕 崔建远、

戴孟勇:

“合同自由与法治(上)”,载高鸿钧等:《法治:理念与制度》,中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,第

3

1

3页。

〔

3

5

〕[德]卡尔·拉伦茨:

《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀縂译,谢怀縂校,法律出版社

2

0

0

3年版,

第 6

0~6

4页;

王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),三民书局 1

9

9

3年版,第 7

1

页。

0

1　合同法(第六版)

的风险负担规则。

〔

3

6

〕

合同正义的第三个内容是,

合理分配其他类型的合同负担。所谓合理分配其他类型的合

同负担,

有多方面的表现,

如附随义务的合理配置,

债务履行所付费用的分担,

减轻损失义务的

确定,

有关权利义务的移转,

损害赔偿的合理归责,

免责条款的法律规制,

等等。

合同自由和合同正义是合同法的基本原则,二者必须相互补充,彼此协力,才能充分实践

合同法的机能。合同立法和合同法的解释适用,

都必须协调这两项原则,

以达到最佳境界。我

们不应忽视罗尔斯关于“一切债均自公平原则产生”〔37〕的观念,同时应承认法官“不是游侠骑

士,

难以在追求其美与善的理念上任意漫游”。

〔38〕存在于合同严守与交易公平之间的张力(tension)可使我们回想起卡窦佐大法官的雄辩之语:“无疑地,某事可以说成是因为一致性和确定性而偏爱较严格的标准。法院已经平衡了同平等与公平的标准相抵触的这些原因,裁判平等与公平更重要些。”〔39〕

## 四、鼓励交易原则

合同法主要是调整交易关系的,其一般规则就是规范交易过程并维护交易秩序的基本规则,各类合同制度也是保护正常交换的具体准则。所以,鼓励交易自然成了合同法的基本原则。具体来说,这一原则包括:

(1)鼓励交易为促进市场发展所必需。在市场经济条件下,

一切

交易活动都是通过缔结和履行合同来进行的。而交易活动乃是市场活动的基本内容,无数的

交易构成了完整的市场,

而反映交易内容的合同关系是市场经济社会最基本的法律关系。所

以,

为了促进市场经济的高度发展,

就必须使合同法具备鼓励交易的职能和目标。因为鼓励当

事人从事更多的合法的交易活动,也就是鼓励当事人从事更多的市场活动,市场主体越活跃, 市场活动越频繁,

市场经济才能真正得到发展。(2)鼓励交易是提高效率,增进社会财富积累

的手段。这不仅是因为通过交易才能满足不同交易主体对不同的使用价值的追求,而且是因

为只有通过交易的方式,

才能实现资源的优化配置和资源的最有效利用。(3)鼓励交易有助于

维护合同自由,

实现当事人的意志和缔约目的。

〔

4

0

〕

当然,

鼓励交易,

首先是应当鼓励合法、正当的交易;其次是鼓励自主自愿的交易,亦即在

当事人真实意思一致的基础上产生的交易;最后是鼓励能够实际履行的交易。对已经不能履

行的合同,

以鼓励交易为名使其有效,目的却在于令债务人负赔偿履行利益的责任,在绝大多

数情况下,

这不是鼓励交易原则的真义,其正当性值得怀疑。就这个意义来说,德国法系区分

负担行为和处分行为,

负担行为不因出卖人等无处分权而无效,这为买受人追究出卖人的债务

不履行责任提供了前提,其在正当性方面没有那么理直气壮。相应地,《合同法》第 5

1条规定

的无权处分行为(买卖合同等)效力待定,

也并非没有合理性。

〔

3

6

〕详细的论述,

参见崔建远:

“关于制定合同法的若干建议”,

载《法学前沿》(第 2辑),

法律出版社 1

9

9

8年版,第 4

3~

4

8页。

〔

3

7

〕 J

o

h

nRa

wl

s

,A Th

e

o

r

yo

fJ

u

s

t

i

c

e

,Ca

mb

r

i

d

g

e

,Ma

s

s

a

c

h

u

s

e

t

t

s

:Th

eBa

l

k

n

a

pPr

e

s

so

fHa

v

a

r

dUn

i

v

e

r

s

i

t

yPr

e

s

s

,3

4

2

(1

9

7

1).

〔

3

8

〕 Be

n

j

a

mi

nN.Ca

r

d

o

z

o,Th

eNa

t

u

r

eo

ft

h

eJ

u

d

i

c

i

a

lPr

o

c

e

s

s

,Ne

wHa

v

e

n

:

Ya

l

eUn

i

versityPress, 141(1921). 〔39〕 Jaco

b&Yo

u

n

g

s

,I

n

c

.v.Ke

n

t

,

1

2

9N.

E.8

8

9,

8

9

1(N.

Y.

1

9

2

1);

An

d

r

e

wL.Ka

u

f

ma

n

,Ca

r

d

o

z

o

,

1

9

9-2

2

2(1

9

9

8).

〔

4

0

〕王利明:

“应当贯彻鼓励交易的原则”,

载《中国经济时报》1

9

9

7年 7月 2

4日。



具体来说,

《合同法》在如下几个方面贯彻鼓励交易的原则:

(1)严格限制无效合同的范围。

无效合同的范围,

应主要限定在违反法律的强行性规定、公序良俗方面。至于因欺诈、胁迫等

而成立的合同,

尽管也有一定程度的违法性,但其主要是意思表示不真实的问题,涉及的是当

事人之间的利益分配,

从尊重受害人的选择和维护交易安全的角度出发,应将此类合同作为可

撤销的合同,

但损害国家利益的除外。至于因主体不合格而订立的合同,

应属于效力未定的合

同,

不宜归入无效合同的范畴。限制无效合同的范围和种类,有助于促成交易。(2)通过规定

合同订立的程序以体现出鼓励交易的精神。《合同法》规定了比较详尽合理的要约、承诺制度

和合同成立条件,

使缔约人清楚缔约规则,了解在各个阶段的权利义务,这会大大提高缔约成

功率,

降低合同不成立的比例,

从而起到鼓励交易的作用。具体到承诺制度上,不要求承诺须

与要约内容完全一致,

而采用非实质性修改的观念,即在承诺改变了要约的非实质性内容,要

约人未及时表示反对的情况下,

认定合同成立,从而达到鼓励交易的目的。(3)在可撤销合同

制度中,

倡导变更而不是撤销,

只要通过变更合同即可达到双方当事人的利益平衡,就不提倡

撤销合同,

以此达到鼓励交易的目的。(4)《合同法》严格限制违约解除的条件。合同解除从实

质上来说是消灭一项交易。在违约方能继续履行、

守约方愿意受领的场合,

就应限制解除合同

以鼓励交易。

## 第四节　合同法的体系

### 一、

### 合同法的体系概述

所谓合同法的体系,

是指以合同法的原则、制度及规范为基本要素,以它们的有机结合为

主要形式,

使所有的合同法的原则、制度及规范都能充分发挥作用而构成的合同法整体。其

中,

合同法的原则是核心,

它集中体现着合同法的精神,把合同制度及具体规范结合起来。基

本原则统领着全部的合同制度和具体规范,

使它们有序排列组合,

充分发挥作用。每个合同制

度将合同法的原则具体落实,

并在各种类型的合同及相应的环节得以适用,在特殊的合同类型

或特殊的环节可能会变通适用。各种具体规范组成特定的合同制度, 规制着合同的各个侧面。

一个完善的合同法体系应包含全面的合同制度和严密的合同规范。所谓全面的合同制

度,

是指在合同的各个方面和各个环节都存在着相应的合同制度。所谓严密的合同规范, 是指

每项合同制度中的各个方面都有具体的合同规范,同时还设有一般性条款以补充法律漏洞和

解决适用具体规范时违背立法目的问题。

由于合同法不仅“……必须适应于总的经济状况,

不仅必须是它的表现……而且还必须是

不因内在矛盾而自己推翻自己的内部和谐一致的表现,然后是经济进一步发展的影响和强制

力又经常摧毁这个体系,

并使它陷入新的矛盾……”〔41〕因而,

合同法体系必然是一个运动的过

程、

开放的体系。

〔

4

1

〕《马克思恩格斯全集》(第 3

7卷),

人民出版社 1

9

7

1年版,

第 4

8

8页。



二、

中国合同法的体系

在 1

9

9

9年 1

0月 1日以前,

中国合同法的体系是以《民法通则》及其中的合同制度及规范

为龙头,

《经济合同法》、

《涉外经济合同法》、

《技术合同法》三足鼎立,加上《著作权法》等单行

法中的合同规范,

辅之以有关合同的条例、办法、实施细则以及司法解释。这种体系不是按照

理性的总体方案构造的,

而是在经济体制改革的逐渐深入及发展的不平衡的背景下,基于实际

生活凸显的对某类或某些合同予以规范的急迫需要而分块建立的,所以它存在着先天的缺陷。

更为重要的是,

它基本上形成于社会主义市场经济体制确立之前,按新的经济体制的要求衡

量,

它呈现出新的不足。例如,

三足鼎立的合同立法,

人为地割裂了统一的大市场;

按合同主体

和内容立法不可避免地形成大面积的法律漏洞;

由于经济合同、涉外经济合同和技术合同具有

许多共性,

需遵循相同的规则,

结果三个合同法的内容重复现象突出;由于各个合同法产生的

经济体制的背景不完全相同,

对合同及其法律认识的程度存在差异,指导思想不完全一致,加

之三个合同法草案起初由三个部门负责草拟,自然产生了三个合同法之间不协调甚至矛盾的

缺陷;

缺乏规范合同关系的一些最基本的制度及规则,

某些制度的规定过于概括,

可操作性差;

某些制度及规范还带有旧经济体制的痕迹,

欠缺融资租赁等许多合同类型的规定;

等等。

要弥补这些不足,

完善中国合同法的体系,须变并存的三个合同法为统一的合同法。《合

同法》的颁布和生效为其成果和体现。如今,

在中国现行法上,

是以《民法通则》和《合同法》为

龙头,

加上《担保法》、

《著作权法》等单行法的合同规范以及有关合同的司法解释,构成了合同

法的体系。单就《合同法》本身而言,它由总则、分则和附则构成,共计 4

8个条文。总则包含

以下制度及规范:

关于合同的界定,

合同法的适用范围,

合同法的基本原则等一般规定;

缔约资

格,

合同形式,

合同条款,

要约和承诺制度,合同成立的时间和地点的确定准则,格式条款规范

和缔约过失责任等构成合同订立制度;合同生效的规范,附条件和附期限的合同规范,合同的

无效、

合同的撤销和效力补正三项制度及其科学分工,表见代理制度和越权行为制度等构成合

同效力的制度;

主给付义务、

从给付义务和附随义务构成合同法上的义务群,合同条款欠缺时

的补充规则,

价格制裁规则,

涉他合同制度,

同时履行抗辩权、

先履行抗辩权和不安抗辩权三项

制度,

提前履行和部分履行的规则,合同债的保全制度等构成了合同履行制度,也属于合同效

力制度的范畴;

合同的变更规则,

合同权利的转让、合同义务的转让和合同权利义务的一并转

让等组成了合同的变更和转让制度;

合同解除、

抵销、

提存、

免除和混同等制度构成合同的权利

义务终止制度;

违约责任的归责原则,违约责任的方式,免责条件,应当预见规则,与有过失规

则,

减轻损失规则,

因第三人的原因而成立的违约责任制度和责任竞合制度等构成了违约责任

制度。《合同法》分则包含买卖、

供用电水气热力、

赠与、

借款、

租赁、

融资租赁、

承揽、

建设工程、

运输、

技术、

保管、

仓储、

委托、

行纪、

居间诸合同制度。附则规定《合同法》自 1

9

9

9年 1

0月 1日

起施行,

《经济合同法》、

《涉外经济合同法》和《技术合同法》同时废止。

## 第二章　合同的分类

### 第一节　合同的分类概述

一、

合同分类的概念

合同的分类,

是指基于一定的标准,将合同划分成不同的类型。合同为交易,交易的方式

纷繁复杂,

合同的类型便多种多样。按照一定的标准将它们分类,

便于人们认清各类合同的特

征、

成立要件及生效要件的不同要求、应具有何种法律效力等,从而有助于合

同立法的科学化

和合同法的妥当适用,

更好地指导合同当事人订立和履行合同,

实现合同理论的完善。

二、

合同分类的意义

1.

合同的分类有助于合同立法的科学化,

这主要表现在三个方面:

一是通过分类找出具有

典型性和成熟性的合同,

明确合同立法应规定哪些典型合同,暂时不规定实际生活中存在的某

些不成熟的合同;

二是通过分类明确每类合同在成立、效力等方面的特殊性,为有针对性地设

置特殊的合同规则提供理论依据;

三是通过分类弄清各类合同之间的排列规律,使合同法分则

的体系合理化。

2.

合同的分类有助于合同法的妥当适用,

既是指在典型合同的纠纷中,

法官等可将争议的

合同纠纷归入相应的类型中,

找到其所在的典型合同规范,并联系合同法总则乃至民法总则的

规定,

确定出合同权利的法律基础;又是指在非典型合同的纠纷中,法官等视情况不同而决定

类推适用或结合适用或吸收适用典型合同规范,

以妥当解决合同纠纷。

3.

合同的分类有助于当事人订立和履行合同,是指当事人找到能达到自己目的的合同类

型,

订立符合自己意愿的合同条款,

做好履行合同的准备,

明确自己享有的合同权利,

保障自己

的合法权益。

4.

合同的分类有助于合同法理论的完善,

既是指通过分类能准确揭示合同的本质属性,描

述合同之间的联系和区别,

评论合同法的得失,

也是指能及时发现实际生活中新出现的合同类

型,

加以整理,

适时地提出解释适用的规则乃至立法建议,

丰富和发展合同法理论。

合同分类研究可使我们发现合同法的某些发展变化规律。例如,非典型合同应实际需要

而生,

在成熟和典型化后被法律确认为典型合同,如此周而复始;由此导致合同的类型逐渐丰

富多彩,

合同的分类趋于完善;

相当数量的实践合同转化为诺成合同;合同从以要式为原则到

以要式为例外。



## 第二节　典型合同与非典型合同

以法律是否设有规范并赋予一个特定的名称为标准,

合同分为典型合同与非典型合同。

### 一、

### 典型合同

典型合同,

又称有名合同,

是指法律设有规范,并赋予一定名称的合同。《合同法》规定的

买卖、

赠与、

借款等合同均为典型合同。

典型合同的法律适用,

固然优先考虑合同法分则关于各种典型合同的具体规范,

但合同法

乃至民法的基本原则、

总则仍居于十分重要的地位。尤其是在适用具体规范解决系争(a ti

s

-

s

u

e

)案件会出现极不适当的结果时,

应该放弃适用该具体规范,

而依据基本原则处理纠纷。还

有,

买卖合同规范相对于众多的双务合同而言都具有准用性,承揽合同规范相对于许多服务性

合同而言也具有参考的价值。实务中发生的相当数量的具有委托协议因素的合同关系,如果

属于居间、

行纪、

承揽、

建设工程、

技术开发等典型合同关系,

那么,

应当优先适用居间、行纪、技

术开发等合同的法律规范,

只有无相应规定之时,

才适用委托合同规范。

二、

非典型合同

(一)非典型合同概述

非典型合同,

又称无名合同,

是指法律尚未特别规定,

亦未赋予一定名称的合同。

合同法奉行合同自由原则,

在不违反公序良俗以及强制性规范的前提下,

允许当事人订立

任何内容的合同。这就是合同类型自由原则。据此,当事人订立法未规定的非典型合同系自

然之事。何况社会在不断发展变化,交易活动日益复杂,当事人不得不在法定合同类型之外, 另创新形态的合同,

以满足不同的需要。一个时代所允许的合同的种类恰巧与这个时代的必

需具有表里相依的关系。

〔1〕 但这并不意味着典型合同无存在的必要。其道理在于:(1)当事

人往往不是法律家,

所拟合同不周全、未达利益平衡系常有之事,而典型合同规范是立法者就

实际存在的具有成熟性和典型性的交易形式,

斟酌当事人的利益状态和各种冲突的可能性,以

主给付义务为出发点所作的规定,

一般都体现公平正义,

符合当事人的利益。以典型合同规范

补充当事人约定的疏漏,

使合同内容臻于完备,这一点十分必要。(2)典型合同规范中可设有

强行性规范,

在当事人的约定损害社会公共利益、国家利益,或使当事人之间的利益状态严重

失衡时,

可以该强制性规范矫正,

从而保护社会公共利益、

国家利益、

当事人的合法权益。

〔2〕正

因如此,

在合同类型自由的原则下规定典型合同,仍有必要。非典型合同产生以后,经过一定

的发展阶段,

当具有成熟性和典型性时,合同立法应适时地设置规范,使之成为典型合同。从

〔1〕Ru

d

o

l

fv

o

nJ

h

e

r

i

n

g

,De

rZwe

c

ki

m Re

c

h

t

,

5.Au

f

l

.

1

9

1

6,

S.

2

0

9-2

2

6.

转引自[日]我妻荣:《债权在近代法中的优越

地位》,

王书江、

张雷译,

谢怀総校,

中国大百科全书出版社 1

9

9

9年版,

第 3

7

4、

3

8

4页。

〔2〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 9

3页。

这种意义上讲,

合同法的历史是非典型合同不断地向典型合同转变的过程。

(二)非典型合同的法律适用

非典型合同的主要难题,

在于当事人的意思不完备时如何适用法律。首先必须强调的是,

民法关于法律行为的规定及《合同法》的总则对非典型合同均有适用余地; 其次应说明的是,

不

同类型的非典型合同,

适用法律的规则不同。

〔3〕 其中有的参照《合同法》分则或其他法律最相

类似的规定(《合同法》第 1

2

4条),

即类推适用,

有的则采用结合说或吸收说等。

1.

纯粹非典型合同的法律适用

所谓纯粹非典型合同,

是指以法律全无规定的事项为内容,

即内容不符合任何典型合同要

件的合同。广告中使用他人肖像或姓名的合同,

属于此类。其法律关系应依合同约定、

诚实信

用原则,

并斟酌交易惯例加以确定。

〔4〕《民法通则》关于法律行为的规定,以及《合同法》的总

则,

对这类合同当然有适用余地。

2.

合同联立的法律适用

所谓合同联立,

是指数个合同具有互相结合的关系。一种情况是单纯外观的结合, 即数个

独立的合同仅因缔约行为而结合,

相互之间不具有依存关系。于此场合,

应分别适用各自的合

同规范。例如,

甲种禽公司与乙养鸡户签订合同,约定甲公司向乙养鸡户提供种鸡,乙养鸡户

向甲公司供应饲料,

种鸡和饲料单独结算,

互不牵连。其中的种鸡买卖合同和饲料买卖合同之

间不具有依存关系。另一种情况是依当事人的意思,

一份合同的效力或存在,

依存于另一份合

同的效力或存在。于此场合,

各个合同是否有效成立需要分别判断,但在效力上,被依存的合

同不成立、

无效、

被撤销或解除时,依存的合同应同其命运。例如,甲公司和乙公司签订合同, 约定甲公司将 4

0

0

0万元人民币出借与乙公司,

同时约定,

在该笔款项到账后,乙公司持有的丙

公司的 2

0

0

0股股权必须转让与甲公司。其中,股权转让合同具有依存合同的性质,借款合同

为被依存的合同,

借款合同无效,

股权转让合同也随之无效。

3.

混合合同的法律适用

所谓混合合同,

是指由数个合同的部分而构成的合同。它在性质上属于一个合同, 有四种

类型。

(1)典型合同附其他种类的从给付。所谓典型合同附其他种类的从给付,是指双方当事人

所提出的给付符合典型合同,

但一方当事人尚负有其他种类的从给付义务。例如,

甲商店向乙

酒厂购买散装酒,

约定使用后返还酒桶,属于买卖合同附带借用合同的构成部分类型。其中, 买卖合同为主要部分,

借用合同的构成部分为非主要部分。对此,

原则上仅适用主要部分的合

同规范,

非主要部分被主要部分吸收。

〔5〕

(2)类型结合合同。所谓类型结合合同,

是指一方当事人所负的数个给付义务属于不同的

合同类型,

彼此间居于同值的地位,

而对方当事人仅负单一的对待给付或不负任何对待给付的

合同。例如,

甲律师事务所和乙饭店订立“包租”1

0个房间的合同,乙负有提供办公房间、午

餐、

清扫房间和洗涤办公用品的义务,

甲负有支付一定对价的义务。其中乙的给付义务分别属

〔3〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 9

4~9

5页。

〔4〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 9

5页。

〔5〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 9

7页。



于租赁、

买卖、

雇佣诸典型合同的构成部分。对此,

应分解各构成部分,

分别适用各部分的典型

合同规范,

并依当事人可推知的意思调和其歧义。

〔6〕

(3)二重典型合同。所谓二重典型合同,

是指双方当事人互负的给付分属于不同的合同类

型的合同。例如,

甲担任乙所有的大厦的临时管理员,乙为其免费提供住房。其中,甲的给付

义务为雇佣合同的组成部分,

乙的给付义务属于借用合同的领域。对此,

应分别适用各个典型

合同的规定。

〔7〕

(4)类型融合合同。所谓类型融合合同,

是指一个合同中所含构成部分同时属于不同的合

同类型的合同。例如,

甲以半赠与的意思,

将其价值 5

0万元的图书以 2

5万元的价款出售给乙

图书馆。甲的给付同时属于买卖和赠与。对此,原则上适用两种典型合同规范:关于物的瑕

疵,

依买卖合同的规定;

关于乙图书馆的不当行为则按赠与合同的规定处理。

〔8〕

实际上混合合同与合同联立不易分辨。中国台湾地区实务界认为,混合合同系以两个以

上有名合同应有的内容合并为其内容的单一合同,数个合同间有不可分割之关系。而合同联

立系为数个合同便宜上的相互结合,

数个合同并无不可分割之关系。

〔9〕 由此决定了混合合同

是单一的合同,

而合同联立则是复数的合同,两者之间存在着显著的区别。德国通说认为,是

否为一个或仅仅是数个独立合同同时成立,

必须根据当事人意思表示才能加以确定。

〔

1

0

〕 也就

是说,

如果当事人缔约的经济目的并不重视合同的个别性,就可以将其视为一个整体而以混合

合同来对待。比如,

同时缔结买卖材料和承揽工作物的合同时,

如果考虑当事人的意思表示和

经济目的,

买卖材料的价金和承揽工作物的报酬明显可以分开,当事人在缔约时如果承揽不能

达成一致而材料买卖的合意仍然存在时,可以认定为合同联立;如果价金和报酬已不可分割, 当事人并不细分或分别计算价金与报酬的区别,

则为混合合同中的制作物供给合同。

〔

1

1

〕

第三节　双务合同与单务合同

以给付义务是否由双方当事人互负为标准,

合同分为双务合同和单务合同。

双务合同,

是双方当事人互负对待给付义务的合同,即一方当事人之所以负给付义务,在

于取得对方当事人的对待给付。买卖、

租赁、

承揽等合同均属此类。

单务合同,

是仅有一方当事人负给付义务的合同。赠与、

借用等合同为其典型。正因为单

〔6〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 9

7页。

〔7〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 9

8页。

〔8〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 9

7~9

8页。

〔9〕 参见中国台湾地区 1

9

8

2年台上字 1

2

8

6号判决。中国台湾地区“司法院”院字第 2

2

8

7号意见也认为,“混合契约系

由典型契约构成分子与其他构成分子混合而成之单一债权契约,若其契约为复数,而于数个契约之间具有结合关
系者,

则为契约之联立”。转引自高润恒:

“保理合同中的应收账款债权转让研究”,

清华大学法学院 2

0

0

6年博士学

位论文,

第 2

7~2

8页。

〔

1

0

〕He

l

mu

tHe

i

n

r

i

c

h

s

,a

.

a

.

o.

,3

0

5,Rd

n

r

.

4

0.

转引自高润恒:

《保理合同中的应收账款债权转让研究》,

清华大学法学院

2

0

0

6年博士学位论文,

第 2

8页。

〔

1

1

〕 高润恒:

《保理合同中的应收账款债权转让研究》,

清华大学法学院 2

0

0

6年博士学位论文,

第 2

8页。

第二章　合同的分类　7

1

务合同的“务”指的是给付义务,

而非泛指任何民事义务,

所以,

一方当事人负有给付义务,

对方

当事人不负有给付义务以及其他种类的民事义务,则为单务合同;一方当事人负担给付义务, 对方当事人虽不负对待给付义务,

但要承担次要义务,

亦为单务合同。例如,

在附负担赠与中,

赠与人负有将赠与物交付受赠人的义务,

受赠人依约定承担某种负担的义务,因这两项义务不

是相互对应的,

所以附负担赠与仍为单务合同。

在此,

应当 注 意 不 完 全 合 同 说。所 谓 不 完 全 双 务 合 同 (Un v

o

l

l

k

o

mme

n

ez

we

i

s

e

i

t

i

g

eVe

r

-

t

r

g

e

),

是指双方虽然各负有债务,但其债务并不居于给付和对待给付的关系的合同。例如,无

偿委托合同,

在委托人员有预付必要费用的义务的情况下,受托人处理委托事务的义务和委托

人预付必要费用的义务,不居于给付和对待给付的关系,因而无偿委托合同为不完全双务合

同。

〔

1

2

〕因为于此场合委托人虽负有偿还费用的义务,但这是合同成立之后,一方当事人因特别

事由而负担的,

所以,

无偿委托合同不是双务合同,

仍属单务合同。

〔

1

3

〕

区分双务合同与单务合同的法律意义在于:其一,双务合同适用同时履行抗辩权、先履行

抗辩权或不安抗辩权的规则,

而单务合同则不适用。其二,

双务合同因不可归责于双方当事人

的原因而不能履行时,

发生风险负担问题,

因合同类型不同而有交付主义、

合理分担主义、

债务

人主义等。在单务合同中,

因不可归责于双方当事人的原因而不能履行时,

风险一律由债务人

负担,

不发生双务合同中复杂的风险负担问题。其三,

双务合同中,

当事人一方违约时,

守约方

若已履行合同,

则可以请求违约方强制实际履行或承担其他违约责任,条件具备时还可以

解除

合同。解除合同并溯及既往时,

守约方有权请求违约方返还受领的给付。而单务合同则有所

不同,

在某些立法例上,

单务合同不适用解除制度。在中国现行法上它虽然适用解除制度,但

主要是适用《合同法》第 9

4条第 1项的规定,适用违约解除制度的情形较少,即使因违约而解

除,

也不发生违约方返还受领给付的后果,

只能是守约方负担返还义务。

区别不完全双务合同、

双务合同、

单务合同,

虽然在同时履行抗辩权、

先履行抗辩权和不安

抗辩权等方面的意义不大,

但在民事责任的构成与否、抗辩权的享有等方面却具有重要价值。

例如,

在无偿委托合同场合,

委托人拒绝履行预付必要费用的义务,受托人因此而难以适当履

行受托事务时,

可不负迟延责任乃至其他责任。

## 第四节　有偿合同与无偿合同

以当事人取得权益是否须付相应代价为标准,

合同分为有偿合同和无偿合同。

有偿合同,

是指当事人一方享有合同规定的权益,须向对方当事人偿付相应代价的合同。

买卖、

租赁、

保险等合同是其典型。

无偿合同,是指当事人一方享有合同规定的权益,不必向对方当事人偿付相应代价的合

〔

1

2

〕王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),三民书局 1

9

9

3年版,第 1

0

1页;韩世远:《合同法总

论》,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 5

5~5

6页。

〔

1

3

〕 郑玉波:

《民法债编总论》,

三民书局 1

9

9

6年版,

第 2

8~2

9页;

韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2

0

0

4年版,第 5

6

页。

8

1　合同法(第六版)

同。赠与、

借用等合同为其典型。

有偿合同与无偿合同只能在涉及财产关系的合同中作出区分,在身份关系的合同中一般

不涉及有偿、

无偿问题。

有偿合同与无偿合同的划分,

同双务合同与单务合同的划分,并非完全等同。一般来说,

双务合同都是有偿合同,

但单务合同却并非皆为无偿合同。有些单务合同是无偿的,

如赠与合

同;

而有些单务合同则为有偿合同,

如自然人之间的有息借款合同,

因为依习惯,

出借人向借款

人交付借款不是合同义务,

而是借款合同的成立要件,于是,在此类合同中只有借款人负担还

本付息的义务,

出借人不承担义务。

区分有偿合同与无偿合同的法律意义在于:其一,责任的轻重不同。在无偿合同中,债务

人所负的注意义务程度较低;

在有偿合同中,则较高。例如,保管人因其一般过失致保管物毁

损灭失时,

若为有偿保管,

就应全部赔偿;若为无偿保管,则宜酌情减轻责任,保管人证明自己

没有重大过失的,

不承担损害赔偿责任(《合同法》第 3

7

4条)。不过,

法释[2

0

1

2]8号突破了这

种原则,

于其第 6条第 2款中规定:“买受人主张出卖人承担代为保管期间非因买受人故意或

者重大过失造成的损失的,

人民法院应予支持。

”其二,

主体要求不同。订立有偿合同的当事人

原则上应为完全行为能力人,

限制行为能力人非经其法定代理人同意不得订立重大的有偿合

同。对纯获利益的无偿合同,

如接受赠与等,

限制行为能力人和无行为能力人即使未取得法定

代理人的同意,

也可以订立;但在负返还原物的无偿合同中,仍然须取得法定代理人的同意。

其三,

可否行使撤销权不同。如果债务人将其财产无偿转让给第三人,

严重减少债务人的责任

财产,

害及债权人的债权的,

债权人可以直接请求撤销该无偿行为。但对于有偿的明显低价的

处分行为,

只有当债务人及其第三人在实施交易行为时有加害于债权人的恶意时,债权人方可

行使撤销权(《合同法》第 7

4条)。其四,

有无返还义务不同。《物权法》第 1

0

6条第 1款规定,

如果无权处分人通过有偿合同将动产或不动产以合理的价格转让给善意第三人,则构成善意

取得,

使该第三人终局地取得该动产或不动产的所有权,

以维护交易安全。如果该第三人已经

付清了价款,

便不负返还原物的义务;如果该第三人支付了部分价款,运用差额说计算不当得

利,

亦不返还原物;

如果该第三人尚未支付价款,

是否必须返还原物,

则存在着争议。若通过无

偿合同将财物转让给第三人,按照《物权法》第 1

0

6条第 1款的规定,不构成善意取得,在原物

存在时,

第三人负有返还原物的义务。

## 第五节　诺成合同与实践合同

以合同的成立是否须交付标的物或完成其他给付为标准,

合同分为诺成合同和实践合同。

诺成合同,

是指当事人各方的意思表示一致即成立的合同。《合同法》规定的买卖等合同

为诺成合同。实践合同,

又称要物合同,是指除双方当事人的意思表示一致以外,尚须交付标

的物或完成其他给付才能成立的合同。

在传统民法中,

借用、

借贷、

保管、运送、赠与等合同属于实践合同。随着现代经济生活的

发展,

尤其是银行业、

运输业的发展,若仍坚持在双方当事人达成合意之外还须以物之交付为



合同成立要件,

不利于保障营业者一方的利益,因而,信贷合同中的银行借款合同和运输

合同

中的铁路、

航空等客运、货运合同,在中国合同法上均已脱离实践合同的范畴,而成为诺成合

同。本着这种思路,

《合同法》区分仓储合同和保管合同,

把商业经营味更浓的仓储合同设计为

诺成合同(《合同法》第 3

8

1条),

而将保管合同等设计为实践合同(《合同法》第 3

6

7条)。对于

赠与合同,

《关于民法通则的意见》将其认定为实践合同(第 1

2

8条前段),《合同法》则将其设

计为诺成合同(第 1

8

5条)。至于定金合同,《担保法》坚持将其规定为实践合同(第 9

0条后

段)。

区分诺成合同和实践合同的法律意义在于:二者成立的要件与当事人义务的确定不同。

所谓合同成立的要件不同,

是指诺成合同仅以合意为成立要件,而实践合同以合意和交付标的

物或完成其他给付为成立要件。所谓当事人义务的确定不同,

是指在诺成合同中,

交付标的物

或完成其他给付系当事人的给付义务,违反该义务便产生违约责任;而在实践合同中,交付标

的物或完成其他给付,

不是当事人的给付义务,

只是先合同义务,

违反它不产生违约责任,

但可

构成缔约过失责任。但需要注意的是,如果实践合同是无偿合同,宜减轻缔约人的责任,在标

的物交付前,

可以借鉴罗马法允许当事人任意撤销的模式,

不追究撤销人的责任。

## 第六节　要式合同与不要式合同

以合同的成立是否须采用法律或当事人要求的形式为标准,合同分为要式合同和不要式

合同。

要式合同,

是指依法律或当事人要求必须具备一定形式的合同。反之,

法律或当事人不要

求必须具备一定形式的合同,

即为不要式合同。应指出,

不要式合同并非排斥合同采取书面等

形式,

更无力排斥公证、

登记、

审批等合同的生效要件,只是法律不强求特定的形式,允许当事

人自由选择合同形式,

当事人完全可以约定合同须采取书面形式,或商定合同经过公证才发生

法律效力,

但应遵从法律、

法规关于登记、

审批为合同生效要件的规定。

法律所规定的形式,

在效力上不尽一致。某些要式合同,不具备法定形式则合同不成立; 有的要式合同,

不具备法定形式只是不生效或者仅仅不能向法院诉请强制执行而已(《合同法》

第 4

4条等)。

## 第七节　一时性合同与继续性合同

以时间因素在合同履行中所处的地位和所起的作用为标准,合同分为一时性合同和继续

性合同。

一时性合同,

是指一次给付便使合同内容实现的合同。买卖、

赠与、

承揽等合同均属此类。

此处所谓的一次给付,

既指纯粹的一次履行完毕,如在买卖房屋合同中,出卖人交付房屋并办



理所有权移转登记手续;

也指分期给付,

如分期付款买卖中,

将价款划分为若干部分,

分月或分

年定期支付。之所以把分期给付合同界定为一时性合同,

是因为它是单一的合同:

总给付自始

确定,

时间因素对给付的内容和范围并无影响。

〔

1

4

〕分期给付的履行方式并未改变这一性质。

继续性合同,

是指合同内容非一次给付可完结,而是继续地实现的合同。其基本特色在

于,

时间因素在合同履行上居于重要地位,

总给付的内容取决于应为给付时间的长短,

换言之,

随着履行时间的推移,

在当事人之间不断地产生新的权利义务。

〔

1

5

〕雇佣合同、劳动合同、合伙

合同、

租赁合同、

借用合同、

保管合同、

仓储合同等均属于继续性合同。

随着经济的发展和科技的进步,

电力、石油、天然气、煤气、自来水等继续性供用合同愈加

普遍化。此类合同关系又称回归性之债,

其特点是,

在供给企业和用户之间的基本关系的框架

内,

用户每一次的消费,

或者至少在每一个结算期之内,都成立一个新的债的关系。它们与上

述连续供给合同相比具有如下不同:除供给电力、石油、天然气、煤气、自来水等的数量取决于

用户获取的数量以外,

供给企业还处于随时准备“供给”的状态之中,也就是说,即使现在用户

没有消费,

该企业也在“给付”。在价格表中,这种双重给付,一方面反映在单纯因处于给付状

态而收取的基本费用之中,

另一方面还反映在所收取的数量单位的价款之中。

〔

1

6

〕

行文至此,

应当清楚继续性供用合同和分期给付合同的差别:

后者自始有一个确定的总给

付,

只不过分期履行,

每期的给付仅为部分给付;前者自始欠缺分期履行一个数量上业已确定

的给付概念,

在一定时间提出的给付,不是总给付的部分,而是具有某种程度的经济上和法律

上的独立性,

是在履行当时所负的债务。因此,分期给付合同属于一时性合同,继续性供用合

同则应归入继续性合同。

当然,

有些合同仅仅凭借某一项判断标准,

尚不容易准确地定性。例如,

租赁合同、雇佣合

同等在签订时就明确了存续期限,似乎总给付一开始就已经确定了,符合一时性合同的特征。

但是,

实质上总给付在签订合同时并未确定,因为这些合同可以提前解除(终止),并且何时终

止原则上由一方当事人行使解除权(终止权)而确定。此其一。其二,只有各个“个别给付”随

着时间的推移而不断地进行,

权利义务逐渐地增加,

如此累积到期限届满才形成总给付。此前

的“个别给付”之和并不构成总给付,这一点在合同提前终止时表现得更加清楚。加上其给付

不是一次即可完成,

需要持续不断地进行,因此不能认为有明确期限的租赁合同、雇佣合同是

一时性合同。

区分一时性合同和继续性合同的法律意义在于:

其一,

对合同确定性要求的强弱不同。一

时性合同的成立要求具有确定性,以便履行或强制履行;而继续性合同虽然也要求具有确定

性,

但司法上的趋势是,应当考虑实务中的可行性,适当放松对确定性的要求,以适应更加复

杂、

精密的交易。

〔

1

7

〕其二,让与性的强弱不同。基于一时性合同产生的债权债务,其转让相对

〔
1
4
〕 王泽鉴:
《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),
三民书局 1
9
9
3年版,
第 1
0
9页。
〔
1
5
〕 Ch
r
i
s
t
o
d
o
u

l

o

u

,Vo

m Ze

i

t

e

l

e

me

n

ti

m Sc

h

u

l

d

r

e

c

h

t

,Vo

r

s

t

u

d

i

e

na

u

sd

e

rSi

c

h

td

e

sDa

u

e

r

s

s

c

h

u

l

d

v

e

r

h

a

l

t

n

i

s

s

e

s

,Di

s

s

.Ha

m-

b

u

r

g

,1

9

6

8.

转引自王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

1

0页。

〔

1

6

〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国债法总论》,

杜景林、

卢谌译,

法律出版社 2

0

0

4年版，

第 1

3页。

〔

1

7

〕 Ar

o

kCo

n

s

t

r

.

Co.v.I

n

d

i

a

nCo

n

s

t

r

.Se

r

v

s

.

,8

4

8P.

2d8

7

0*Ar

i

z

.Ap

p

.

1

9

9

3.

转引自[美]E.

艾伦·范斯沃思:《美国

合同法》,

葛云松、

丁春艳译,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 2

1

5页。



容易;

基于继续性合同产生的债权债务原则上由当事人承受,转让时的限制较多。

〔

1

8

〕 对此,

《合同法》规定,

承租人未经出租人同意转租的,出租人可以解除合同(第 2

2

4条第 2款);保管

人不得将保管物转交第三人保管,

除非当事人另有约定(第 3

7

1条);

受托人应当亲自处理委托

事务(第 4

0

0条)。其三,

解除权产生的原因不尽相同。合同严守原则要求,

合同依法成立即具

有法律效力,

当事人不得擅自解除,

只有在符合解除的条件时方允许当事人解除合同。一时性

合同严格贯彻这一精神,

解除权产生的原因较少。与此不同,继续性合同特别重视信赖基础, 要求当事人各尽其力,

实现合同目的,

除给付义务以外,

尚发生各种附随义务,

以维护当事人的

合法权益。信赖基础一旦丧失,

或因其他特殊事由难以期望当事人继续维持这种结合关系时,

法律允许一方当事人解除合同。如此,对继续性合同法律应承认较多的解除权产生的原因。

但是,

也应注意,

假如一方当事人假借信赖基础丧失,

以解除合同为名行损人利己之实,

则不被

允许。其四，

合同消灭是否溯及既往不同。一时性合同消灭具有恢复原状的可能性，故法律规

定一时性合同无效、

被撤销时一律自始归于消灭，

合同因违约而解除时以溯及既往为原则。但

继续性合同消灭时，

或无恢复原状的可能性，

或不宜恢复原状，

故学说多认为继续性合同无效、

被撤销、

解除应向将来发生效力，

过去的合同关系不受影响。其五，

违反继续性合同，

原则上应

区别“个别给付”和“整个合同”分别予以处理。对个别给付可径直适用合同法的有关规定;对

整个合同而言，

解除时宜无溯及力。违反一时性合同未必如此处理。

第八节　主合同与从合同

以合同相互间的主从关系为标准，

合同分为主合同和从合同。

凡不以他种合同的存在为前提，

即不受其制约而能独立存在的合同，

称为主合同。

必须以他种合同的存在为前提,

自身不能独立存在的合同,

叫做从合同。从合同要依赖于

主合同的存在而存在,

因而也叫“附属合同”。抵押合同、

质押合同、

保证合同、

定金合同与被担

保的合同之间的关系,

就是主从合同关系。其中,抵押合同等是从合同,被担保的合同为主合

同。

区分主合同和从合同的法律意义在于:

明确它们之间的制约关系,

从合同以主合同的存在

为前提,

主合同变更或消灭,

从合同原则上也随之变更或消灭。

第九节　束己合同与涉他合同

以是否贯彻合同相对性原则为标准,

合同分为束己合同和涉他合同。

束己合同,

是指严格遵循合同的相对性原则,合同当事人为自己约定并承受权利义务,第

〔

1

8

〕林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

9页。



三人不能向合同当事人主张权利和追究责任,合同当事人也不得向第三人主张合同权利和追

究责任的合同。它是合同的常态。

涉他合同,

是指合同当事人在合同中为第三人设定了权利或约定了义务的合同。它包括

为第三人利益的合同与由第三人履行的合同(《合同法》第 6

4条、

第 6

5条)。

为第三人利益的合同,

简称利他合同,是指当事人为第三人设定了合同权利,由第三人取

得利益的合同。在《合同法》上,

它具有如下特征:

(1)第三人不是缔约人,

不需要在合同上签字

或盖章,

也不需要通过其代理人参与缔约;

(2)合同只能给第三人设定权利,

而不得为其约定义

务;

(3)合同成立后,

第三人可以接受该合同权利,

也可以拒绝接受该权利。在第三人拒绝接受

该权利时,该权利归缔约人享有(第 6

4条)。对于此处的第三人,人民法院可以根据具体案情

将之列为无独立请求权的第三人,但不得依职权将其列为该合同诉讼案件的被告或有独立请

求权的第三人(法释[2

0

0

9]5号第 1

6条)。

由第三人履行的合同,

是指合同当事人为第三人约定了合同义务,

由第三人向合同债权人

履行该义务的合同。《合同法》第 6

5条规定了此类合同。

应当指出,《合同法》第 6

5条规定的适用范围并非如其字面意思所显示的那样宽,而是限

于第三人与债务人之间存有另外的债的关系,也不排除该第三人与债权人之间存有其他债的

关系。换个角度来说,

此类合同的约定在实质上并未增加第三人的负担,

合同实际上是以第三

人原已存在的给付为标的的。

适用《合同法》第 6

5条的规定,

还应注意以下几点:

(1)《合同法》第 6

5条规定的履行债务

的主体是第三人,

而非合同的当事人。与此不同,

实务中出现的“第三人”直接作为当事人一方

与债务人、

债权人签订三方协议的情形,该“第三人”是地地道道的合同当事人,而非第三人。

实务中的此类情形不适用《合同法》第 6

5条的规定。(2)按照《合同法》第 6

5条的规定,

这里的

第三人作为履行债务的主体,

源自当事人双方在合同中的约定,不是该第三人自己约定的,也

不是该第三人和合同当事人双方共同约定的。与此有别,

实务中出现的“第三人”参与缔约,

作

出意思表示,

或事后同意债务人和债权人之间签订的协议的情况,

均属协议中含有“第三人”的

意思表示,

或者说该“第三人”与债务人、

债权人共同为自己约定了义务。实务中的此类情形不

适用《合同法》第 6

5条的规定。(3)按照《合同法》第 6

5条的规定,

第三人只承担合同约定的向

债权人履行合同债务的义务,

不享有合同项下的权利。而实务中某些协议约定,

“第三人”不仅

对基于债务人与债权人之间所订合同所生债务承担履行的义务,而且享有该合同项下的权利。

实务中的此类现象不应被纳入《合同法》第 6

5条管辖的范围。(4)按照《合同法》第 6

5条的规

定,

第三人不履行其义务时,

不承担违约责任,

而是由债务人承担责任。与此不同的是,

在实务

中,

有些协议约定,

在“第三人”不履行义务时,

债务人不承担任何责任。考察协议的全部条款,

并综合考虑法律的规定和精神,

于此场合,应由“第三人”承担违约责任。如此,实务中的此类

情形不得适用《合同法》第 6

5条的规定。

在程序法上,

对于此处的第三人,

人民法院同样可以根据具体案情将之列为无独立请求权

的第三人,

但不得依职权将其列为该合同诉讼案件的被告 或 有 独 立 请 求 权 的 第 三 人 (法 释

[2

0

0

9]5号第 1

6条)。

区分束己合同和涉他合同的法律意义:

一是明确缔约目的不同,

二是明了合同的效力范围

不同,

有助于确定第三人是否承受合同权利义务,

以及承受的界限。



第十节　个别合同与框架合同

以合同内容是否必须由将来签订的合同具体补充为标准,

合同可分为框架合同和个别合同。

框架合同(f

r

a

mec

o

n

t

r

a

c

t

),又叫架构合同,它不是暂时性的合同,而是长期存在的合同。

它是为了双方当事人之间将来签订的同一类型合同,即个别合同,提供合同的基本框架 (架

构)、

〔

1

9

〕

基本条件。框架合同为未来签订的个别合同提供基本框架、基本条件,因为涉及的情

形较为多样、

复杂,

所以需要类型化。框架合同有以下几种类型:

(1)有的是当事人之间为确定

较为长期、

牢固的交易关系,

就基本问题、

主要事项已经达成了合意,

只是某些细节问题来不及

或不愿意而未作约定,

为避免僵化,

妨碍各方更有效益、

更为顺畅、

更加符合客观实际地开展具

体的工作而订立的。在这样的背景下,

框架合同的当事人之间,

或在框架合同的一方当事人和

第三人之间,

未来成立个别合同时,

均按框架合同的约定确定各个个别合同的内容。

〔

2

0

〕此类个

别合同约定的条款仅仅是框架合同中条款的细化、具体化,其更具可操作性,此类个别合同并

未变更、

否定框架合同设定的基本框架(架构)、

基本条件。(2)有的是当事人之间已就确定较

为长期、

牢固的交易关系达成了共识,

只是就大概的事项达成了合意,

不少细节尚不清楚,

甚至

于对某个或某些重要问题尚有分歧。在这种背景下,各方当事人签订框架合同,将相关的事

项、

问题留待其后,

由个别合同解决。这样的个别合同很可能变更框架合同的某个或某些条

款,

当然,

补充框架合同的内容更为常见。(3)有的是当事人各方几乎就交易的主要事项都考

虑到位了,

也不想让将来签订的个别合同变更框架合同,只是客观实际的变化才使某个或某些

个别合同变更了框架合同。

框架合同在以下两方面对于个别合同的形式与范围有拘束的效力: (1)框架合同的形式问

题:

框架合同通常无须遵守一定的形式,不过为了举证方便,以及使双方当事人明确知悉其彼

此的权利义务,

框架合同常使用书面的形式。(2)框架合同为个别合同的签订确定其基本条

件。若框架合同的当事人彼此缔结个别合同,

则于框架合同中达成合意的条件,

对个别合同有

拘束力,

单方背离该框架(架构)条件,

必须符合民法的一般规则才有可能。

〔

2

1

〕

框架合同与个别合同关于当事人权利义务的规定,其分工并非千篇一律,时常不太明确, 需要根据个案加以判断、

确定。

在程序条款方面,

如果框架合同约定双方发生纠纷由 A仲裁委员会仲裁解决,

个别合同没

有约定仲裁条款,

也没有约定由法院解决纠纷;

或者相反,

个别合同约定了仲裁条款,

框架合同

对纠纷解决方法没有约定。在这些情况下,

问题容易解决,

应按照仲裁条款由仲裁机构解决纠

纷。

但是,

如果框架合同约定了仲裁条款,

而个别合同约定若发生纠纷由法院解决,

或者相反,

〔

1

9

〕黄立:

《民法债编总论》,

中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,

第 5

6页。

〔

2

0

〕黄立:

《民法债编总论》，

中国政法大学出版社 2

0

0

2年版，

第 5

6页。

〔

2

1

〕 黄立：

《民法债编总论》，

中国政法大学出版社 2

0

0

2年版，

第 5

7页。



即框架合同约定若发生纠纷由法院解决，

个别合同约定了仲裁条款，

如何确定案件的管辖？本

书认为，

如果是全部的个别合同都约定了仲裁条款,或都约定了由法院解决纠纷,由于个别合

同签订在后,

视为对签订在先的框架合同关于纠纷解决方法的变更,应以个别合同的约定为

准。如果仅仅是某个或某些个别合同约定的纠纷解决方法与框架合同约定的不同,则应分别

处理,

即个别合同约定了不同于框架合同约定的纠纷解决方法的,援用《合同法》第 7

7条关于

合同变更的规定,

按照该个别合同约定的纠纷解决方法确定案件的管辖;个别合同没有约定不

同于框架合同约定的纠纷解决方法的,

遵循框架合同为个别合同的纲领性文件、统领个别合同

的思路,

依据框架合同约定的纠纷解决方法确定案件的管辖。

在实体权利义务方面,

同样应当区分情况而定:

(1)如果个别合同只是细化了、

具体化了框

架合同关于权利义务的约定,

甚至添加了除此之外的权利义务的条款,并未约定与框架合同关

于权利义务的约定相抵触的权利义务条款,

表明个别合同只是框架合同的补充,而非对框架合

同条款的变更,

则应当按照框架合同和个别合同的约定确定权利义务,不得否定任何一份合同

的约定。对此,

有学者从另外的角度阐释:框架合同的意义,常在于将格式条款适用于框架合

同当事人之间所有的未来同类的合同,其结果为通用合同条款在个别合同中无须一再被重复

引用,

仍可发生效力。

〔

2

2

〕这在框架合同构成格式合同的场合,十分正确;但在框架合同不符合

格式合同的规格时,

需要按照本书作者的上述思路确定。(2)如果个别合同约定了与框架合同

中权利义务条款相抵触的条款,

因个别合同成立在后,应当视为对框架合同中权利义务条款的

变更,

应以该变更的为准。至于框架合同中未被个别合同变更的权利义务条款,自然仍以框架

合同约定的为准。个别合同约定的权利义务超出了框架合同约定的权利义务的,作为补充的

内容处理,

承认其法律效力。在框架合同符合格式合同的规格的情况下,

运用个别商议条款优

先于格式条款的规则和原理处理,

结果是一样的。

## 第十一节　实定合同与射幸合同

以合同的效果在缔约时是否确定为标准,

合同分为实定合同和射幸合同。

实定合同,

是指合同的法律效果在缔约时已经确定的合同。绝大多数合同都是实定合同。

射幸合同,

是指合同的法律效果在缔约时不能确定的合同,

保险合同、

押赌合同、

有奖抽奖或有

奖销售合同均属此类。

区分实定合同与射幸合同的法律意义在于:实定合同一般要求等价有偿,若不等价,则可

能被撤销乃至无效。而射幸合同,

一般不能从等价与否的角度来衡量合同是否公平。

〔

2

2

〕黄立:

《民法债编总论》,

中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,

第 5

8页。

第二章　合同的分类　 5

2

第十二节　本约与预约

以合同的目的和义务是否系为了将来签订一定合同为标准,

合同分为预约和本约。

在传统民法中,

通常称预约是约定将来订立一定合同的合同,

本约则为履行该预约而订立

的合同。但是,

法释[2

0

0

3]7号第 5条规定:

“商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销

售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容,

并且出卖人已经按照约定收受购房

款的,

该协议应当认定为商品房买卖合同。

”这显然是将当事人本意作为预约的合同,

当成了本

约。有鉴于此,

有必要将预约的界定类型化,把名曰预约,或明确约定双方当事人将要订立正

式合同,

同时确实载有本约主要内容的合同,在当事人双方实际上没有签订本约的情况下,也

定性为本约。不过,

应当承认若干例外:

(1)若当事人各方在预约中明确约定,

该预约尽管具备

本约的主要条件,

但只可作为预约,即便未来没有签订本约,该预约也不得作为本约。应当依

其约定,

不得援用或比照法释[2

0

0

3]7号第 5条的规定,主张该预约为本约。(2)预约虽然具

备标的物、

价款(酬金)的主要条件,

但欠缺付款方式、

担保的方式与设立、

关联合同的签订等事

项。预约签订后,

当事人各方一直就包括付款方式、担保的方式与设立、关联合同的签订等事

项在内的本约条款进行协商,

但因互不让步,致使本约未能签署。在这种情况下,由于付款方

式、

担保的方式与设立、

关联合同等事项对当事人各方的利益影响较大,若当事人各方一直协

商未果,

不宜将此类预约作为本约,以免造成不公正的后果。(3)预约虽然具备标的物、价款

(酬金)的主要条件,

但缔约后发生情事变更,当事人各方多次协商本约条款,但因一方当事人

不同意考虑情事变更的因素,坚持将预约中的价款(酬金)照抄到本约之中,致使本约未能签

署。在这种情况下,

如果符合情事变更原则适用的条件,

就不应将该预约作为本约。

预约产生当事人将来订立本约的债务,双方当事人负此债务的,称为双务预约;仅一方当

事人负此债务的,

叫做单务预约。基于合同自由原则,对于任何类型的合同都可以订立预约, 本约为实践合同的,

可以订立预约;本约是诺成合同的,如买卖,同样也可以订立预约;本约是

否为要式,

亦不影响订立预约。

〔

2

3

〕 预约的成立,须遵循合同法关于合同订立的一般规则。至于

预约是否采取与本约相同的形式,

在本约采取法定形式的情况下,如果法律对本约的形式为强

制性要求,

则不得以预约迂回规避法律,

预约必须采取与本约相同的形式。

〔

2

4

〕 如果本约采取法

定形式的目的在于保全证据,

那么预约不必与本约采取同样的形式;如果本约采取法定形式的

目的在于促使当事人慎重行事,

那么预约应当与本约采取同样的形式;在本约的形式由当事人

约定的场合,

预约的形式依据当事人的约定。

〔

2

5

〕

预约成立之后,

当事人负有履行预约所规定的订立本约的义务,只要本约未订立,就是预

约没有履行。这表明预约不同于附停止条件的合同(《合同法》第 4

5条第 1款称为附生效条件

〔

2

3

〕郑玉波:

《民法债编总论》,

三民书局 1

9

9

6年版,

第 3

2~3

3页;

王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总

第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

1

5页;

孙森焱:

《民法债编总论》,

三民书局 1

9

9

7年版,

第 3

0页。

〔

2

4

〕 黄立:

《民法债编总论》,

中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,

第 5

0页。

〔

2

5

〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

1

7页。

6

2　合同法(第六版)

的合同),

因为附停止条件的合同在合同订立时已经成立,只是其履行效力要待停止条件成就

而已。

〔

2

6

〕 预约权利人只能请求对方履行订立本约的义务,不得直接依预定的本约内容请求对

方履行。买卖的预约,

虽然可以就标的物和价款的范围先为拟定,作为将来订立本约的依据, 但不能因此而认定买卖合同已经成立。

〔

2

7

〕

预约的目的在于成立本约,

当事人之所以不直接订立本约,

其主要理由当系因法律上或事

实上的事由,

致使订立本约未臻成熟,于是先成立预约,使对方受其约束,以确保本约的订立。

例如,

甲拟向乙借钱,

乙表示须等一个月后才有资金,

甲乃与乙订立借款合同的预约,

约定一个

月后再订立借款合同这个本约。再如,

甲拟向乙承租 A屋,

乙与丙之间的房屋租赁合同只能在

半年后才终止,

于是,

乙乃先与甲订立房屋租赁合同的预约。又如,甲、乙、丙等人拟合伙经营

餐饮业,

因需要再邀请他人加入,

故暂时不宜订立合伙合同,

为确保将来合伙能够成立,

乃先订

立合伙的预约。

〔

2

8

〕

在实务中,

一个合同究竟属于本约抑或是预约,

应探求当事人的真意予以认定。当事人的

意思不明或有争执时,

应通观合同全部内容加以确定,若合同要素已经明确合致,其他事项亦

规定綦详,

已无另行订立合同的必要,

应认定其为本约。

〔

2

9

〕 倘若将来系依所订合同履行而无须

另订本约,

即使名为预约,

仍非预约。

〔

3

0

〕 预约在交易上属于例外,因而,当一个合同是否属于预

约存在疑义时,

宜将其认定为本约。

〔

3

1

〕

有学者认为,

要物契约在未交付其标的物前,

其意思表示得解为预约(如消费借贷的合意,寄托的合意)。〔32〕本书认为,于此场合,仍须贯彻依当事人的意思予以认定的原则,此其一。其二,如果合同内容并非约定当事人于将来订立消费借贷、寄托等合同的义务,而是直接约定消费借贷或寄托的权利义务,那么,将其认定为预约,显然与事实不符。其三,在“其二”的情况下,未交付标的物,合同本来未成立,当事人至多承担缔约过失责任,不交付标的物的当事人也是如此思考。但若按照预约处理,

则对方可以请求法院强制交付标的物的当事人履行预约所产生的义务，即订

立本约，

最后导致本约成立并履行，

法律效果则大相径庭。如此处理，

合适与否，

需要三思。

诸如“初步协议”(p

r

e

l

i

mi

n

a

r

ya

g

r

e

e

me

n

t

)、

“意向性协议”(l

e

t

t

e

ro

fi

n

t

e

n

t

)等,

只要它们不具

有法律约束力,

就既不是本约,

亦非预约,因为预约和本约都具有法律效力。在它们有效的情

况下,

如果其内容是当事人有义务将来再订立诸如投资建厂、

合作来料加工、

合作办学、

合作技

术培训等协议,

那么,

它们是预约;

反之,

则为本约。实务中,

它们属于预约的情况比较少见。

预约也是合同,

违反预约,

成立违约责任。法释[2

0

1

2]8号第 2条规定:“当事人签订认购

书、

订购书、

预订书、

意向书、

备忘录等预约合同,

约定在将来一定期限内订立买卖合同,

一方不

履行订立买卖合同的义务,

对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张

损害赔偿的,

人民法院应予支持。

”

〔

2

6

〕孙森焱:

《民法债编总论》(上册),

三民书局 1

9

9

7年版,

第 3

0页。

〔

2

7

〕1

9

7

2年台上字第 9

6

4号判例;

黄立:

《民法债编总论》,

中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,

第 4

8页。

〔

2

8

〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

1

5页。

〔

2

9

〕 中国台湾地区“司法院”公报第 2

0卷第 2期;

王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),三民书

局 1

9

9

3年版,

第 1

1

6页。

〔

3

0

〕 中国台湾地区“最高法院”

7

5年台上字第 1

5

6

7号判例。

〔

3

1

〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

1

6页。

〔

3

2

〕郑玉波:

《民法债编总论》,

三民书局 1

9

9

6年版,

第 3

3页。

# 第三章　合同的订立

## 第一节　合同的订立概述

一、

### 合同订立的概念

合同订立,

是指缔约人为意思表示并达成合意的状态。它描述的是缔约各方自接触、洽商

直至达成合意的过程,

是动态行为和静态协议的统一体。该动态行为包括缔约各方的接触和

洽商,

达成协议前的整个讨价还价过程均属动态行为阶段。此阶段由要约邀请、要约、反要约

诸制度规范和约束,

产生先合同义务及缔约过失责任。静态协议,是指缔约达成合意,合同条

款至少是合同的主要条款已经确定,各方当事人享有的权利和承担的义务得以固定,一句话, 合同成立了。其中,

承诺、

合同成立要件和合同条款等制度发挥作用。由此可知,合同订立与

合同成立不尽相同:

后者仅是前者的组成部分,

标志着合同的产生和存在,

属于静态协议;

前者

的含义广泛,

既含有合同成立这个环节,又包括缔约各方接触和洽商的动态过程,可以说涵盖

了交易行为的大部分。

二、

合同订立的意义

合同订立是交易行为的法律运作,

没有合同订立就没有交易,

也就没有合同。其动态阶段

是交易主体(缔约人)利用其经济条件、

社会环境,

发挥其聪明才智,

采取各种策略,

说服交易对

方,

争取确定有利于自己的合同条款的过程,体现着交易主体的经济实力、法律水平、谈判技

巧、

精神风貌,

从而反映着特定社会的风气。其静态协议则是洽商成果的固定,是交易主体之

间权利义务关系的确立(合同成立并生效时)或是确立的前提(合同尚未生效时)。静态协议, 即合同成立,

是确认合同有效的前提,

合同只有成立后才谈得上衡量其是否有效的问题。

合同是个动态的全过程,

它始于订立,

终结于适当履行、

合同解除。其间可能涉及保全、担

保、

变更、

转让、

解除、

消灭等环节。只有合同订立才能启动上述环节。合同订立的质量状况,也会直接影响其后诸环节。合同订立需审慎、

完备、

适法,

一方面可以加速交易进程,

提高经济

效益;

另一方面可以保证各个环节的顺利进行,

防止交易关系发生阻塞。〔1〕

合同订立也是合同法上的责任得以成立的前提。合同订立中的洽商阶段可产生先合同义务及缔约过失责任。合同成立但归于无效或被撤销时可产生缔约过失责任。合同成立并有效,当事人违约时可产生违约责任。合同成立但尚未生效,就谈不上履行义务的届期,因而也

〔1〕苏惠祥主编:《中国当代合同法论》,吉林大学出版社1992年版,第65页。



不成立违约责任;而且,只要当事人不撕毁合同,连缔约过失责任亦不产生。

三、合同成立的要件

合同成立是合同订立的重要组成部分和成果。其要件有:

(1)缔约人。缔约人是实际订立

合同的人,

既可以是未来合同关系的当事人,

也可以是合同当事人的代理人。由于合同系多方

法律行为,

缔约人必须是双方以上的人。(2)意思表示一致。缔约人须就合同条款至少是主要

条款达成合意,

合同才成立。(3)标的及其数量(法释[2

0

0

9]5号第 1条)。

## 第二节　要　　约

一、

### 要约的概念与构成要件

要约,

是一方当事人以缔结合同为目的,向对方当事人提出合同条件,希望对方当事人接

受的意思表示。在商业活动及对外贸易中,

要约常被称作发价、

发盘、

出盘、

报价等。构成要约

须符合以下条件:

1.

要约必须是特定人所为的意思表示。要约是要约人(发出要约之人)向相对人(受要约

人或曰受约人)所作出的含有合同条件的意思表示,旨在得到受要约人的承诺并成立合同,只

有要约人是特定的人,

受要约人才能对之承诺。因此,要约人必须是特定人。所谓特定人,是

指能为外界所客观确定的人,

至于是自然人、

法人抑或合伙企业等,

是本人还是其代理人,

可在所

不问。自动售货机之所以可视为一种要约,

原因在于自动售货机的设置,

必为特定的人所为。

2.

要约必须向相对人发出。要约必须经过相对人的承诺才能成立合同, 因此,

要约必须是

要约人向相对人发出的意思表示。相对人一般为特定的人,

但在特殊情况下,

对不特定的人作

出但无碍要约所达目的时,

相对人亦可为不特定人。悬赏广告即是向不特定的人作出的意思

表示(一种观点认为,

悬赏广告是一种单方法律行为)。

3.

要约必须具有缔结合同的目的(《合同法》第 1

4条)。要约人发出要约的目的在于订立

合同,

这种目的一定在要约中明确地表达出来,

才会使受要约人下决心与要约人签订合同。所

以,

作为要约,

必须含有缔结合同的目的。这一要件是要约区别于要约邀请的主要方面,因为

要约邀请不以缔结合同为目的。

判断要约人向受要约人发出的意思表示有无缔结合同的目的,需要综合考虑以下因素: (1)要约人发出意思表示时的情形。一项意思表示是否构成要约,须要约人为一个理性人,处

于正常的环境之下,

其意思表示是真实的。(2)要约人实际使用的言辞或文字所表达的意思。

要约人向受要约人发出的意思表示应当表明:

一经受要约人承诺,要约人即受该意思表示的约

束,

也就是说,

要约人必须向受要约人表明,要约一经受要约人同意,原则上合同即告成立,要

约人就要受到约束。此类意思表示才是要约(《合同法》第 1

4条第 2项)。(3)要约的对象。若

是对特定之人的意思表示,

视作要约的机会较大,

对不特定大众所为的意思表示,

诸如广告、

估

价单、

橱窗陈列等,

因其为一般性的文句陈述或标价,

颇难推断其具有订立合同的目的,

原则上



不宜认定为要约,

而应定性为要约邀请。

〔2〕

4.

要约的内容必须具体确定(《合同法》第 1

4条第 1项)。要约的内容必须确定,

是指要约

的内容必须明确,

而非含混不清。否则,

受要约人便不能了解要约的真实含义,

难以承诺。

需要指出的是,

此处所谓的确定,包括要约发出之时内容是明确的,以及要约发出之时某

些内容尚不清晰,

待未来的某个时刻可以依据法律的规定或当事人的意思表示而予以明确。

所谓“依据法律”,

如质量要求、

价款或者报酬、

履行地点、

履行期限、

履行方式、

履行费用的负担

等不明确的,

可以按照《合同法》第 6

2条规定的规则,

予以明确。

要约的内容必须具体,

是指要约的内容必须具备合同的条件,至少是主要条件,得因受要

约人的承诺而使合同成立。这一要件也是要约区别于要约邀请的主要方面,因为要约邀请不

具有合同的全部条件。

二、

要约与要约邀请的区别

要约邀请,

又称要约引诱,

依《合同法》第 1

5条第 1款的规定,

要约邀请是希望他人向自己

发出要约的意思表示。其目的不是订立合同,

而是邀请相对人向其为要约的意思表示。所以,

要约邀请只是当事人订立合同的预备行为,其本身并不发生法律效果。它与要约的法律意义

和法律效果非常不同,

需要加以区别:

(1)从当事人的目的来看,一定要有缔结合同的目的,若

欠缺缔结合同的目的,

则不是要约;

(2)从法律的规定来看,法律有明文规定的,依其规定;(3) 法律无明文规定时,宜按照意思表示的内容是否明确、交易习惯、社会的一般观念等加以判

断。

〔3〕 举例来说,商业广告,一般地说,不是要约,因其表示不够明确(e x

p

l

i

c

i

t

),内容不够确定

(d

e

f

i

n

i

t

e

)、

清楚(c

l

e

a

r

),

致相对人无法知其确切要求及拘束广告人方式而取得合意,

〔4〕故至多

为要约邀请(《合同法》第 1

5条第 1款)。但这只是问题的一方面,另一方面,商业广告如果内

容清楚、

确定,

足以使相对人知其对待义务时,可构成要约。

〔5〕《合同法》第 1

5条第 2款及法

释[2

0

0

3]7号第 3条接受了这种观点,

规定商业广告的内容符合要约规定的,

可视为要约。

三、

要约的法律效力

要约的法律效力,

又称要约的拘束力(约束力),是指要约的生效及对要约人、受要约人的

拘束力。

(一)要约生效的时间

要约生效的时间因对话与否而有不同。向对话人发出要约,

采取了解主义,

即自受要约人

了解要约时开始生效。向非对话人发出要约,采取到达主义,即要约于送达受要约人时生效。

《联合国国际货物销售合同公约》、《国际商事合同通则》和《合同法》未作上述区分,对要约生

效的时间一律采取到达主义(《合同法》第 1

6条第 1款)。

对于采用数据电文形式订立合同的,《合同法》制定之时,尚未积累足够的经验,只作了原

〔2〕 杨桢:

《英美契约法论》,

北京大学出版社 1

9

9

7年版,

第 3

5页。

〔3〕 林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》，

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 5

6~5

7页。

〔4〕 P

a

r

t

r

i

d

g

ev.Cr

i

t

t

e

n

d

e

n

(1

9

6

8)IW.

L.

R.

1

2

0

4;Gr

a

i

n

g

e

ra

n

dSo

nv

.Go

u

g

h(1

8

9

6)A.

C.

3

2

5.

转引自杨桢:《英美契约

法》,

北京大学出版社 1

9

9

7年版,

第 3

9页。

〔5〕 Le

f

k

o

wi

t

zv.Gr

e

e
tMi
n
n
e
a
p
o
l
i
sSu
r
p
l
u
sSt
o
r
e(1
9
5
7)2
5
1Mi

n

n

.1

8

8

88

6N.W.2d6

8

9.

0



则性的规定:

“收件人指定特定系统接收数据电文的,

该数据电文进入该特定系统的时间,

视为

到达时间;

未指定特定系统的,

该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,

视为到达时间”

(第 1

6条第 2款);

“采用数据电文形式订立合同的,收件人的主营业地为合同成立的地点;没

有主营业地的,其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的,按照其约定”(第 3

4条

第 2款)。经过多年的探索,

我国对电文数据问题有了更多的把握,

于是制定了《电子签名法》,

该法除于第 1

1条第 1款、

第 2款承继了《合同法》第 1

6条第 2款、第 3

4条第 2款的规定之外,

还新设了若干规则。

(二)要约对要约人的拘束力

要约对要约人的拘束力,

是指要约一经生效,要约人即受到要约的拘束,不得随意撤销或

对要约加以限制、

变更和扩张。法律赋予要约这种效力,目的在于保护受要约人的合法权益, 维护交易安全。

(三)要约对受要约人的拘束力

要约对受要约人的拘束力,

是指受要约人在要约生效时即取得承诺的权利,

或者说取得依

其承诺而成立合同的法律地位。正因为是一种权利,所以受要约人可以承诺,也可以不予承

诺。

应该指出的是,

在强制缔约中,

法律规定强制承诺的,或依社会公益的要求,必须承诺的,

承诺就是一种法定义务。

(四)要约的存续期间

要约的存续期间,

是指要约发生法律效力的期间,亦即受要约人得以承诺的期间,简称为

承诺期间。它分为以下两类:

1.

定有存续期间。要约人在要约中定有存续期间的,

受要约人须在此期间内承诺,才对要

约人有拘束力(《合同法》第 2

3条第 1款)。

2.

未定有存续期间。要约未定有存续期间,以对话方式作出的,应当即时作出承诺,但当

事人另有约定的除外(《合同法》第 2

3条第 2款第 1项);要约以非对话方式作出的,承诺应当

在合理期限内到达(《合同法》第 2

3条第 2款第 2项)。所谓合理期间,

通常考虑以下因素加以

确定:

要约到达受要约人所必需的时间,受要约人考虑是否承诺所必需的时间,承诺发出到达

要约人所必需的时间。只有在合理期间内承诺,

才对要约人有拘束力。

四、

要约的撤回和撤销

(一)要约的撤回

要约的撤回,

是指要约人在要约生效之前,

使要约不发生法律效力的行为。为了尊重要约

人的意志和保护要约人的利益,

只要要约撤回的通知先于或同时与要约到达受要约人,就可产

生撤回的效力(《合同法》第 1

7条)。这并不损害受要约人的利益。在电子合同场合,

由于数据

电文的传输速度太快,

要约的撤回在现有的技术条件下难以达到。

(二)要约的撤销

要约的撤销,

是指要约人在要约生效以后,受要约人发出承诺的通知之前,将该项要约取

消,

使要约的法律效力归于消灭的意思表示。由于要约的撤销往往不利于受要约人, 因此只有



在符合一定条件时才被允许。《联合国国际货物销售合同公约》第 1

6条、

《国际商事合同通则》

第 2.

4条和《合同法》第 1

8条及第 1

9条规定,

要约可以撤销,

但撤销要约的通知应当于受要约

人发出承诺通知前到达受要约人。在下列情况下,要约不得撤销:(1)要约人确定了承诺期限

或以其他形式明示要约不可撤销;

(2)受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并已经为履行

合同做了准备工作。

以其他形式表明要约不可撤销,

包括下列情形:

(1)这是一个确定的要约;(2)要约人明确

表示不撤销要约;

(3)要约人坚持受要约人予以答复;

(4)从行为中推定出要约系不可撤销。所

谓从行为中推定,

例如,

A为一古董商,要求 B在 3个月内完成修复 1

0幅画的工作,价格不超

过 1

0万元,

B告知 A,

为了决定是否承诺该要约,

B认为有必要先开始对一幅画进行修复,

然后

才能在 5天内给出一个明确的答复,

A同意了。如此,

A在 5天内不得撤销该要约。

对于受要约人有理由认为要约是不可撤销的情形,

不得以受要约人自己的表白、

受要约人

的实际认识能力为判断标准,

而应以一个理性人的能力作为标准加以判断。

在电子合同场合,

要约的撤销在技术上可以做到。如此,

在数据电文形式的要约到达受要

约人处后,

受要约人发出承诺的通知之前,要约人可以发出撤销要约的通知。该通知在符合

《合同法》第 1

8条及第 1

9条规定的条件时,

发生撤销要约的法律效力。

五、

要约的消灭

要约的消灭,

是指要约丧失其法律效力,

要约人和受要约人均不再受其约束。要约消灭的

原因主要有以下几种:

1.

拒绝要约的通知到达要约人(《合同法》第 2

0条第 1项)。拒绝要约,

是指受要约人没有

接受要约所定条件,

属单独行为。广义的拒绝要约,既可以是明确表示拒绝,也可以在承诺期

间不作答复而拒绝,

还可以表现为对要约的实质内容作出限制、

更改或扩张,

从而形成反要约。

这里仅指明示拒绝。

要约因拒绝而消灭,

一般发生于要约向特定人发出的场合。对不特定人发出的要约,如自

助商店或者超级市场的商品标价陈列,

并不因特定的人拒绝而归于消灭。

2.

要约人依法撤销要约(《合同法》第 2

0条第 2项)。在受要约人发出承诺通知之前,

要约

人在不违反《合同法》第 1

9条规定的情况下,

可以撤销要约。

3.

承诺期限届满,

受要约人未作出承诺(《合同法》第 2

0条第 3项)。要约中规定了承诺期

间的,

受要约人未于此期间承诺,该期间届满时要约即失去效力。要约中未规定承诺期间的, 对话为要约者,

受要约人未立即承诺,

要约即失去效力;

非对话为要约者,

在承诺所需的合理期

间内未收到承诺时,

要约即失去效力(《合同法》第 2

3条)。

4.

受要约人对要约的内容作出实质性变更(《合同法》第 2

0条第 4项)。受要约人对要约

的内容作出实质性变更的,

表明受要约人已经拒绝了要约,但为了鼓励交易,可将之视为反要

约。

5.

要约人或受要约人死亡。如果未来的合同需要由要约人或受要约人本人履行,或者要

约明确表示要约人或受要约人的存在为要约有效的条件的,要约人或受要约人死亡,要约即归

于消灭。在要约特别重视受要约人的资格、能力的情况下,受要约人死亡,要约也归于消灭。

反之,

要约人或受要约人的死亡,

不影响要约的法律效力,因为可以由继承人承受合同项下的

2



权利义务。在要约人或受要约人为法人时,

只要法人终止,

要约便随之消灭。

6.

要约人或受要约人丧失行为能力。要约人于要约发出后丧失行为能力,要约的效力不

受影响。不过,

若要约人有相反的意思,

或依合同的性质,

特别注重要约人本人,

合同仅为要约

人自己而订立,

或以当事人之间的信赖为基础的,如要约人请人教其英语(雇用)、请人共同经

营事业(合伙)等,

为尊重当事人的意思,

应理解为要约因要约人丧失行为能力而消灭。

〔6〕

要约到达受要约人之前,

受要约人丧失行为能力的,

发生受领能力的问题,

依同一原则,受

要约人的行为能力虽然丧失,

但要约不因之失去效力,

受要约人仍可受领要约。要约通知到达

受要约人的代理人时,

要约发生效力。

〔7〕

要约到达之后,

受要约人丧失行为能力的,对于要约的效力毫无影响,仅为他(它)自己无

从对之为有效的承诺而已,

可由受要约人的法定代理人代为承诺。要约到达之后,

受要约人变

成限制行为能力人的,

承诺由法定代理人事前允许或事后追认。

〔8〕

不过,

当事人所拟订立的合同须受要约人具有行为能力的,

如对于聘为公司法定代表人的

要约,

在受要约人尚未为承诺时而丧失行为能力的情况下,代理人不得向要约人代为承诺,因

为法定代表人对外代表法人为意思表示或受意思表示,

须具有行为能力。

〔9〕于此场合,要约消

灭。

## 第三节　承　　诺

一、

承诺的概念与构成要件

承诺,

是受要约人作出的同意要约以成立合同的意思表示(《合同法》第 2

1条)。在商业交

易中,

承诺又称为接盘。承诺的构成要件如下:

1.

承诺必须由受要约人作出。要约和承诺是一种相对人的行为,只有受要约人享有承诺

的资格,

因此,

承诺须由受要约人作出。受要约人为特定人时,

承诺由该特定人作出;

受要约人

为不特定人时,

承诺由该不特定人中的任何人作出。受要约人的代理人可代为承诺。受要约

人以外的第三人即使知晓要约内容并作出同意的意思表示,

也不以承诺论。

2.

承诺必须向要约人作出。受要约人承诺的目的在于同要约人订立合同,故承诺只有向

要约人作出才有意义。向要约人的代理人作出承诺同样有其意义。在要约人死亡,合同不需

要约人亲自履行的情况下,

受要约人可以向要约人的继承人作出承诺。

3.

承诺的内容应当与要约的内容一致。承诺是受要约人愿意按照要约的内容与要约人订

〔6〕郑玉波:

《民法债编总论》,

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

5页;

王泽鉴:

《债法原理》,

北京大学出

版社 2

0

0

9年版,

第 1

3

6页;

刘春堂:

《民法债编通则·契约法总论》,

三民书局 2

0

0

1年版,

第 6

9页。

〔7〕 林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 6

5页;刘春堂:《民法债编通则(一)·

契约法总论》,

三民书局 2

0

0

1年版,

第 7

0页。

〔8〕 林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 6

5页;刘春堂:《民法债编通则(一)·

契约法总论》,

三民书局 2

0

0

1年版,

第 7

0页。

〔9〕 王泽鉴:

《债法原理》,

北京大学出版社 2

0

0

9年版,

第 1

3

7页。



立合同的意思表示,

所以,

欲取得成立合同的法律效果,承诺就必须在内容上与要约的内容一

致。如果受要约人在承诺中对要约的内容加以扩张、限制或者变更,则不构成承诺,而应视为

对要约的拒绝而构成反要约。大陆法系通行此项规则,

英美法系亦不例外,

美国合同法理论称

此规则为“镜像规则”(t

h

emi

r

r

o

ri

ma

g

er

u

l

e

)。

随着交易的发展,

若严格要求承诺与要约的内容绝对一致,确实不利于鼓励交易,于是有

些立法开始采取灵活的态度。例如,

《合同法》第 3

0条规定:

“承诺的内容应当与要约的内容一

致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的,

为新要约。有关合同标的、

数量、

质量、价款或

者报酬、

履行期限、

履行地点和方式、

违约责任和解决争议方法等的变更,是对要约内容的实质

性变更。

”第 3

1条规定:

“承诺对要约的内容作出非实质性变更的,

除要约人及时表示反对或者要

约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外,

该承诺有效,

合同的内容以承诺的内容为

准。

”

4.

承诺必须在要约的存续期间内作出。要约在其存续期间内才有效力,包括一旦受要约

人承诺便可成立合同的效力,

因此承诺必须于此期间内作出。如果要约未规定存续期间,

在对

话人之间,

承诺应立即作出;

在非对话人之间,承诺应在合理的期间内作出。凡在要约的存续

期间届满后承诺的,

都构成迟到的承诺,除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外,不发

生承诺的效力,

应视为新要约(《合同法》第 2

8条)。但是,受要约人在要约的存续期间内作出

承诺,

依通常情形在相当期间内可到达要约人,

但因电报故障、

信函误投、

互联网中断运行等传

达故障致使承诺迟到的,

为特殊的迟到。在这种特殊迟到的情况下,

承诺人原可期待合同因适

时承诺而成立,

依诚实信用原则,

要约人应有通知的义务,即及时地向承诺人发出承诺迟到的

通知。怠于为此通知,

承诺视为未迟到,

合同因而成立(《合同法》第 2

9条)。该承诺迟到的通

知,

属于一种事实通知,

要约人将迟到的事实通知承诺人即足够,

并且依发送而生效力,

不到达

的风险由承诺人负担。如甲向乙为要约,乙的承诺发生特殊的迟到。如果甲不依法向乙为承

诺迟到的通知,

则合同成立;

如果甲向乙发送了承诺迟到的通知,

但因传达故障乙并未收到,

则

合同不成立。所谓及时发出,

是指依善良管理人的注意,在情事所允许的范围内,不迟延而为

发送。在使用快速的传达工具承诺时,承诺迟到的通知原则上亦须使用相当的通知方法。承

诺迟到的通知义务,

不是法律上真正的义务,而是不真正义务(又称间接义务),违反它不产生

损害赔偿责任,

仅使不真正义务人遭受权利减损或丧失等不利后果。具体到承诺制度,即要约

人不履行承诺迟到的通知义务,

承诺视为未迟到,

合同成立。

二、

承诺的方式

承诺的方式,

是指承诺人采用何种方式将承诺通知送达要约人。《合同法》第 2

2条规定:

“承诺应当以通知的方式作出,

但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

”

这里的行为通常是履行行为,

如预付价款、

装运货物或在工地上开始工作等。

沉默,

原则上不构成承诺,

《联合国国际货物销售合同公约》第 1

8条第 1款所谓沉默本身

不等于接受,

即表达了这种意思。但是,在如下特殊的情况下,可以将沉默视为承诺:(1)受要

约人先前向要约人发出过要约邀请,其中明确表示,要约人向自己发来要约后,在该要约指定

的期限内,

自己未作答复的,

视为已经承诺。(2)当事人双方在经过了反复磋商后,

已经达成了

初步协议,

一方当事人事后更改了某些条款,

并要求相对人就此修改于合理期间内答复,

否则,



视为接受。在所修改的条款不太重要的情况下,

沉默可以视为承诺。(3)双方当事人之间已经

形成如下交易惯例,

或当地业已存在着如下交易习惯:一方当事人向相对人发出要约,相对人

未在要约指定的期间内答复也视为接受。在这种背景下,

受要约人在收到要约后沉默,

视为已

经承诺。

〔

1

0

〕

三、

承诺的生效

《合同法》第 2

5条规定:

“承诺生效时合同成立。

”但这只是原则,具体问题尚需具体分析:

(1)非对话人之间采用合同书形式订立合同的,

若承诺生效与双方当事人签字或盖章的时间一

致,

则承诺生效合同成立;反之,则最后签字或盖章的时间为合同成立之时(《合同法》第 3

2

条)。(2)承诺生效,

在诺成合同场合合同成立;

在实践合同场合,

若交付标的物先于承诺生效,

同样合同成立,

若交付标的物在承诺生效之后,

则合同自交付标的物时成立。

此外,

对于合同成立的认定,

需要一定的弹性。《合同法》第 3

6条规定:

“法律、

行政法规规

定或者当事人约定采用书面形式订立合同,

当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,

对方接受的,

该合同成立。

”第 3

7条规定:

“采用合同书形式订立合同,

在签字或者盖章之前,

当

事人一方已经履行主要义务,

对方接受的,

该合同成立。

”法释[2

0

1

2]8号第 1条规定:“当事人

之间没有书面合同,

一方以送货单、收货单、结算单、发票等主张存在买卖合同关系的,人民法

院应当结合当事人之间的交易方式、

交易习惯以及其他相关证据,对买卖合同是否成立作出认

定。对账确认函、

债权确认书等函件、凭证没有记载债权人名称,买卖合同当事人一方以此证

明存在买卖合同关系的,

人民法院应予支持,

但有相反证据足以推翻的除外。

”

承诺生效直接决定着合同的成立,在合同法中具有十分重要的意义,因而,确定承诺生效

的时间便成为各国立法十分重视的问题。

关于承诺生效,

本有发信主义(p

o

s

t

a

lr

u

l

e

)与到达主义(a

r

r

i

v

a

lr

u

l

e

)之分,

鉴于发信主义过

于偏重保护承诺人,

到达主义则兼顾了要约人与承诺人双方的利益,且符合交易安全的要求,
因而《合同法》选择了后者,

于第 2

6条第 1款中规定:

“承诺通知到达要约人时生效。承诺不需

要通知的,

根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

”所谓根据交易习惯不需要

通知,

如依价目表向旧书店购书等。所谓根据要约的要求不需要通知,

如王某向某书店急购司

法考试用书,

写明即刻发书。

四、

承诺的撤回

承诺的撤回,

是承诺人阻止承诺发生法律效力的行为。撤回的通知必须先于或同时与承
诺到达要约人,

才发生阻止承诺生效的效力(《合同法》第 2

7条)。如果迟于承诺到达要约人,

因承诺已经生效,

合同往往随之成立,

那么不发生承诺撤回的效果。

〔

1

0

〕王利明:

《合同法研究》(第 1卷),

中国人民大学出版社 2

0

0

2年版,

第 2

3

8页。

第三章　合同的订立　5

3

第四节　竞 争 缔 约

订立合同的要约承诺程序在实务及理论中有多种表现形式,招标投标和拍卖是其二例。

其特点是在合同的订立过程中引入竞争机制,

以使合同签订得更公平,

更有效率。

一、

招标投标程序

招标投标程序,

是指由招标人向数人或公众发出招标通知或招标公告,

在诸多投标人中选

择自己最满意的投标人并与之订立合同的方式。按照《招标投标法》的规定, 大型基础设施、

公

用事业等关系社会公共利益、

公共安全的项目,

全部或部分使用国有资金投资或国家融资的项

目,

使用国际组织或外国政府贷款、

援助资金的项目,

在勘察、

设计、

施工、

监理以及与工程建设

有关的重要设备、

材料等的采购中,

必须采用招标投标程序订立合同(第 3条)。《招标拍卖挂

牌出让国有建设用地使用权规定》(2

0

0

7年修正)要求,

工业、

商业、

旅游、

娱乐和商品住宅等经

营性用地以及同一宗地有两个以上意向用地者的,应当以招标、拍卖或挂牌方式出让(第 4条

第 1款)。建设工程必须进行招标而未招标或中标无效的,

建设工程施工合同应被认定为无效

(法释[2

0

0

4]1

4号第 1条第 3项)。当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与

经过备案的中标合同实质性内容不一致的,应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据

(法释[2

0

0

4]1

4号第 2

1条)。

《合同法》要求,

建设工程合同招标、

投标的活动,

应当公开、

公平、

公正地进行(第 2

7

1条)。

这就是所谓的“三公原则”。公开原则,是指建设工程合同的招标、投标活动应当公开进行,不

允许发包方或承包方隐瞒真实情况,

进行私下交易。公平原则包含了两个方面的含义:

一是发

包方应为投标人创造平等竞争的机会,

如在信息披露方面做到真正公开,使投标人享有平等的

知情权;

二是投标人在投标过程中都处于平等的竞争地位,不允许任何人在招标、投标中享有

特权。公正原则贯穿招标、

投标活动的全过程,

在开标、

议标、

定标时更有明显的体现。招标单

位应该组成评标委员会或评标小组,对开标时间、开标的组织及开标的形式、评标的标准等都

应依法进行,

以保证定标结果的公正性。

〔

1

1

〕

招标投标程序分为招标、

投标、

开标、

验标、

评标、

定标诸阶段。

〔

1

2

〕

二、

拍卖程序

拍卖是以公开竞价的方式,

将特定物品或者财产权利转让给竞买人的买卖方式。拍卖当

事人包括拍卖人、

委托人、

竞买人和买受人。按照 2

0

0

4年修订的《拍卖法》,

拍卖人是指依照拍

卖法、

公司法设立的从事拍卖活动的企业法人。委托拍卖人拍卖特定物品或者权利的人称为

〔

1

1

〕 谢怀総等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 4

7

1~4

7

2页。

〔

1

2

〕 详细内容,

参见《招标投标法》、

《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》、最高人民法院的司法解释的规定, 以及崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 1

4

8~1

5

0页。

6

委托人。参加竞购拍卖标的的人称为竞买人。买受人是以最高应价购得拍卖标的的竞买人。

按照《拍卖法》的规定,

拍卖要经过以下程序:(1)委托人和拍卖人签订委托拍卖合同(第

4

2条)。(2)拍卖人于拍卖日 7日前发布拍卖公告(第 4

5条)。拍卖人在拍卖前展示拍卖标

的,

应提供查看拍卖标的的条件及有关资料。拍卖标的的展示时间不得少于2日(第 4

8条)。

拍卖公告在法律性质上属于要约邀请。(3)竞买。它是以应价的方式向拍卖人作出应买的意

思表示,

其法律性质属于要约。众多竞买人彼此互不隐瞒情况,以公开方式应价,形成竞争。

(4)拍定。它是拍卖人在竞买人的众多应价中选择最高者予以接受的意思表示 (参见第 5

1

条),

其法律性质属于承诺。拍卖人一俟拍定,买受人和拍卖人应当签署成交确认书 (第 5

2

条)。在实际运作中,

由拍卖师以击槌、

拍板或其他惯用方式作出。

根据起价方式的不同,

拍卖分为一般式和荷兰式。一般式拍卖先由拍卖人出底价,

并规定

两次应价之差,

然后由竞买人竞相加价到无人再加价为止。荷兰式拍卖先由拍卖人出最高价

作为起价,

若在约定时间内无人应叫,

即依此逐次降低价格,

直到成交。

## 第五节　强 制 缔 约

### 一、

### 强制缔约概述

强制缔约,

是指根据法律制度规范及其解释,为了一个受益人的合法权益,在无权利主体

意思拘束的情况下,

使一个权利主体负担与该受益人签订具有特定内容或应由中立方指定内

容的合同的义务。

〔

1

3

〕或是一个权利主体负有应相对人的请求而与其订立合同的义务,或是一

个权利主体有义务向相对人发出要约以订立合同。这里的负有与相对人签订合同义务的权利

主体,

叫做缔约义务人。

合同自由是合同法的基本原则,

强制缔约却排斥了缔约自由,

通常也会排除当事人双方共

同决定合同内容的自由,

〔

1

4

〕

所以,

它只有在具备特别理由的情况下才被法律承认。

强制缔约因所依据的标准的不同而有若干分类,

如强制要约与强制承诺、

直接强制缔约与

间接强制缔约。

所谓强制要约,

是指在某些类型的交易关系中,

一方当事人必须向特定或不特定的相对人

发出要约,

一旦相对人作出承诺,

合同即告成立。

〔

1

5

〕所谓强制承诺,有学者称之为强制缔约,是

指在某些交易中,

一方当事人负有接受相对人的要约而与其订立合同的义务,非有正当理由, 不得拒绝承诺。

〔

1

6

〕

〔

1

3

〕[德]尼佩代:

《强制订约与强制性合同》,

1

9

2

0年版,

第 7页。转引自[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜

景林、

卢谌译,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 7

0页。

〔

1

4

〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国债法总论》,

杜景林、

卢谌译,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 7

0页。

〔

1

5

〕 崔建远、

戴孟勇:

“合同自由与法治(上)”,载高鸿钧等:《法治:理念与制度》,中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,第

3

4

2页;

崔明石:

“解析契约正义的演进—

—

—兼论强制缔约的产生”,

载 www.

l

a

w-

l

i

b.

c

o

m/

l

a

wy

e

r

/

l

wv

i

e

w.

a

s

p

?n

o＝

4

5

8

6&p

a

g

e＝2。

〔

1

6

〕王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 7

2页。



法律对强制缔约设有明文规定的,学说上称为直接强制缔约(Un mi

t

t

e

l

b

a

r

e

rKo

n

t

r

a

h

i

e

r

u

n

-

g

a

z

wa

n

g

)。

〔

1

7

〕法律、法规直接规定的强制缔约有以下几种:(1)公共运输领域的强制缔约义务

(《合同法》第 2

8

9条、

《铁路法》第 1

4条的推论);

(2)电信企业的强制缔约义务(《电信条例》第

1

7条第 2款等);

(3)供电企业的强制缔约义务(《电力法》第 2

6条第 1款、

《电力供应与使用条

例》第 3

2条);

(4)供水企业的强制缔约义务(《水法》第 2

1条第 1款);

(5)供气、

供热的企业的

强制缔约义务(《合同法》第 1

8

4条);

(6)医院及医生在危重病人就医、急诊情况下的强制缔约

义务(《医疗机构管理条例》第 3

1条、

《执业医师法》第 2

4条);

(7)保险业的强制缔约义务(《机

动车交通事故责任强制保险条例》第 1

0条第 1款)。

〔

1

8

〕

所谓间接强制缔约(Mi

t

t

e

l

b

a

r

e

rKo

n

t

r

a

h

i

e

r

u

n

g

s

z

wa

n

g

),

是指强制缔约义务并非来源于法律

的直接规定,

而是通过法律解释而存在的缔约形式。

〔

1

9

〕 由于现行法未臻完善,有些服务为消费

者所必需却尚无强制缔约的法律明文予以规范,

因此承认间接强制缔约确有必要。在目前,

至

少应当包含下述间接强制缔约的种类:

(1)建设用地使用权续期场合的强制缔约义务;

(2)商店

在一定条件下的强制缔约义务;

(3)理发、住宿、餐饮等服务业在一定条件下的强制缔约义务; (4)地役权制度中的强制缔约义务。

〔

2

0

〕

二、

合同的成立

多数说认为,

尽管“强制”与“相互一致”未尽吻合,

但强制缔约并未取代缔约所必要的要约

和承诺,

基于强制缔约而形成的关系仍然是法律按照当事人各方合意的内容所赋予的,这种关

系中的债权债务与在通常交易中所产生的债权债务没有质的不同,所以把这种关系认定为合

同关系而非法定债的关系,

有其理由。

〔

2

1

〕

通过强制缔约方式所形成的合同内容,

有国家或行业标准的,

依该标准确定;

无此标准的,

按合理的标准确定。例如,

电价、

水价、

公共交通的票价、

出租票价等都经由物价部门确定或核

准。经过核准或确定的价格,

有些是固定的价格,有些则是一个幅度,具体价格可以在该幅度

内浮动。假若允许缔约义务人任意要价,

对用户和消费者不免过于苛刻,

则强制缔约制度的运

行结果可能违背设立的初衷。

〔

2

2

〕

三、

拒绝缔约的法律后果

缔约义务人无正当理由而拒绝缔约,

致相对人受损害的,

宜区分情况而确定其后果:

(1)在

强制要约的情况下,

拒绝发出要约,

可成立缔约过失责任,

或侵权责任。在强制承诺的情况下,

按照少数说,

负有强制承诺义务的一方不履行其义务,

构成违约,

应当承担违约责任;

而按照通

说,

结果则有所不同:

相对人需要缔约,而责令缔约义务人签订合同又不违反现代伦理的情况

〔

1

7

〕王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 7

3页。

〔

1

8

〕具体分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1,

第 1

6

0~1

6

3页。

〔

1

9

〕王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 7

4页。

〔

2

0

〕具体分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 1

6

4~1

6

5页。

〔

2

1

〕[德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国债法总论》,

杜景林、

卢谌译,

法律出版社 2

0

0

4年版,第 7

5页;王泽鉴:《民法债编总

论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 7

5页。

〔

2

2

〕崔建远:

“强制缔约及其中国化”,

载《社会科学战线》2

0

0

6年第 5期。

8

3　合同法(第六版)

下,

应当强制缔约义务人与相对人签订合同。(2)缔约义务人拒绝缔约给相对人造成的损失, 未能因强制缔约而得到填补的,

缔约义务人还应当赔偿相对人的损失。于此场合,

需要缔约义

务人没有正当理由拒绝缔约、

相对人因缔约义务人拒绝缔约而遭受损失、缔约义务人对此有过

错以及因果关系四个构成要件。

〔

2

3

〕

站在立法论的立场,

编纂民法典时,

专设法律条文集中规定缔约义务人无正当理由拒绝缔

约的法律后果,

亦不失为一种可以接受的方案,

在保持现行《合同法》第 5

8条现状的前提下,

尤

其如此。

在现行法上,

违反强制缔约义务的,

还可产生行政责任(《执业医师法》第 3

7条第 2项等规

定)。缔约义务人无正当理由拒绝缔约时,

责令其承担行政责任,迫使他(们)尽可能地与相对

人实际缔约,

更凸显了要求公共服务行业实际乃至优质地服务,而非以金钱赔偿替代实际服务

的立法政策。这是值得肯定的。

## 第六节　附 合 缔 约

### 一、

### 附合缔约的概念

附合缔约,

是指合同条款由当事人一方预先拟定,

对方只有附合该条款(意思)方能成立合

同的缔约方式。

在附合缔约的情况下,

一方所提供的合同条款,是格式合同条款,简称为格式合同(s

t

a

n

d

-

a

r

df

o

r

m c

o

n

t

r

a

c

t

)或格式条款,

又称定型化契约或定型化契约条款,或称标准合同或标准合同

条款,

法国法称为附合合同 (c

o

n

t

r

a

c

ta

d

h

e

s

i

o

n),《德国债法现代化 法》取 名 为 一 般 交 易 条 件

(Al

l

g

e

me

i

n

eGe

s

c

hf

t

s

b

e

d

i

n

g

u

n

g

)。

格式合同或曰格式条款的法律特征如下:(1)格式条款具有广泛性、持久性和细节性。

〔

2

4

〕

(2)格式条款具有单方事先决定性。格式条款一般由一方当事人事先确定, 实践中多为提供商

品或服务的一方制定并提出。但也有些格式条款是由某些超然于双方当事人利益之上的社会

团体、

国家授权的机关制定。但无论如何,

相对人不直接参与格式条款的制定。(3)格式条款

具有不变性。(4)格式条款以书面明示为原则。(5)格式条款的一方在经济方面具有绝对的优

势地位,

使其有可能将预定的格式条款强加于对方,从而排除或降低双方就格式条款进行协商

的可能性。

〔

2

5

〕

应当注意区分格式合同(格式条款)和个别协议。所谓个别协议, 又称个别协定,

或个别约

〔

2

3

〕 详细理由,

参见崔建远:

“强制缔约及其中国化”,

载《社会科学战线》2

0

0

6年第 5期。

〔

2

4

〕 具体分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 1

7

2页。

〔

2

5

〕 [德]卡尔·拉伦茨:

《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,谢怀栻校,法律出版社

2

0

0

3年版,

第 7

6

8~7

7

6页;

[德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2

0

0

0年版,第 2

9

3~

3

1

4页;

张新宝:

“定式合同基本问题研讨”,载《法学研究》1

9

8

9年第 6期;尹田:《法国现代合同法》,法律出版社

1

9

9

5年版,

第 1

2

1~1

2

2页;

杜景林、

卢谌:

《德国新债法研究》,中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,第 2

6

2页;黄越钦:

“论附和契约”,

载郑玉波主编:

《民法债编论文选辑》(上),

五南图书出版有限公司 1

9

8

4年版,

第 3

2

1页。



定,

是指双方当事人经过协商谈判达成的协议,即人们通常所说的合同。虽然格式合同(格式

条款)与个别协议互为对立物,

〔

2

6

〕

但是,

如果当事人双方就格式合同(格式条款)的具体内容进

行了实际磋商,

且达成一致意见,

格式合同(格式条款)便成为了个别协议,从而不再是格式合

同(格式条款)……如果格式合同(格式条款)中的有关条款通过双方的实际磋商得以修改,或

条款利用人为了原封不动地将格式条款订入合同,

而在其他方面给相对人照顾以达成妥协,即

在一定程度上为此付出代价,

就属于这种情形。

〔

2

7

〕 不过,仅仅是向顾客选读和解释格式条款,

尚不足以成为这里所谓的磋商,

〔

2

8

〕必须是顾客具有施以影响的"实际可能"的观点,才构成实

际磋商。

〔

2

9

〕并且,对于格式合同(格式条款)中的有关条款,必须是双方进行了“逐一的”磋商, 且条款利用人承担举证责任。仅仅是条款利用人答应相对人,他若全盘接受格式条款则给予

某些好处,

仍不构成实际磋商。

〔

3

0

〕

格式条款必须由其利用人向相对人提出,

才可能订入个别协议。这里所谓的“提出”,

并非

指“列举出”(即表述出)格式条款,

而是指格式条款的利用人具有单方面将格式条款引入合同

的意图。

〔

3

1

〕

二、

格式条款订入合同

(一)格式条款订入合同概说

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与相对人协商的条款

(《合同法》第 3

9条第 2款)。虽大量使用,

但它并不因此当然成为合同的组成部分而具有法律

拘束力。只有经双方当事人意思表示合致,方能成为合同的内容。格式条款有的未与合同文

件合为一起,

有的悬挂于经营场所,有的因内容复杂致使对方不解其意,因此,如何订入合同, 与传统的个别磋商缔约应有不同。

(二)格式条款订入消费者合同

格式条款订入消费者合同,

商人必须提请消费者注意(n

o

t

i

c

e

)格式条款,使消费者有合理

机会了解其内容,

同意将它订入合同。具体来说,

格式条款利用人有义务就特定合同提请相对

人注意其欲将格式条款订入合同的事实。因而《合同法》第 3

9条第 1款规定:“采用格式条款

订立合同的,

提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务,并采取合

理的 方 式 提 请 对 方 注 意 免 除 或 者 限 制 其 责 任 的 条 款,按 照 对 方 的 要 求,对 该 条 款 予 以 说

〔

2

6

〕[德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国民法总论》,

邵建东译,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 3

0

1页。

〔

2

7

〕[德]卡尔·拉伦茨:

《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,谢怀栻校,法律出版社

2

0

0

3年版,

第 7

6

8~7

7

1页。

〔

2

8

〕[德]施米特·萨尔泽尔:

《一般交易条件》。转引自[德]卡尔·拉伦茨:

《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东、

程建英、

徐国建、

谢怀縂译,

谢怀縂校,

法律出版社 2

0

0

3年版,

第 7

7

0页。

〔

2

9

〕德国《新法学周报》(第 7

7卷),

第 1

9

3

7页。转引自[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东、

程建英、

徐国建、

谢怀緫译,

谢怀緫校,

法律出版社 2

0

0

3年版,

第 7

7

1页。

〔

3

0

〕德国联邦法院判决,

载德国《新法学周报》(第 7

7卷),

第 4

3

2、

6

2

4页;

[德]卡尔·拉伦茨:

《德国民法通论》(下册),

王晓晔、

邵建东、

程建英、

徐国建、

谢怀縂译,

谢怀縂校,

法律出版社 2

0

0

3年版,

第 7

7

1页。

〔

3

1

〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国民法总论》,

邵建东译,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 3

0

2页。

0

4　合同法(第六版)

明。

”〔32〕法释[2

0

0

9]5号进一步细化规定:

提供格式条款的一方对格式条款中免除或限制其责

任的内容,

在合同订立时采用足以引起对方注意的文字、

符号、

字体等特别标识,

并按照对方的

要求对该格式条款予以说明的,

人民法院应当认定符合《合同法》第 3

9条所称“采取合理的方

式”(第 6条第 1款)。当然,

提供格式条款一方对已尽合理提示及说明义务承担举证责任(第

6条第 2款)。

判断提请注意是否充分的因素之一是“文件外形”,

而非予人以“收据”之感。文件外形必

须给人以该文件载有足以影响当事人权益的条款的印象,否则,相对人收到该文件会根本不予

阅读,

条款利用人的提请注意即不充分。

〔

3

3

〕

提请注意必须达到一定的程度,

在不同的合同类型中,

法律的要求不尽相同。在相当多的

合同中,

向交易对方出示格式条款或载有格式条款的合同文件,就视为已经履行了提请注意的

义务。但在某些合同中,

提请注意的程度要求得要高些。

关于提请注意的时间,

提请注意只有于合同订立之时或之前完成,

免责条款才能成为合同

的组成部分;

如果 在 合 同 订 立 之 后 才 提 请 相 对 人 注 意,免 责 条 款 就 不 能 成 为 合 同 的 组 成 部

分。

〔

3

4

〕

应当指出,

在承诺无可避免的情况下,即使提请注意发生于合同订立之前,也不构成充分

合理,

免责条款仍然不能成为合同的组成部分。

〔

3

5

〕

一般来讲,

消费者在载有格式条款的文件上签字,格式条款即订入合同中,即使他并未阅

读过这些条款,

〔

3

6

〕

除非存在欺诈、

胁迫等因素。

〔

3

7

]

(三)格式条款订入格式商业性合同

商业性合同的主体均为商人,

都具有相当的经营经验及知识,

有足够的注意能力和交涉能

力,

因此无须立法政策向任何一方倾斜,无须法律的特别保护。格式条款是否订入商业性合

同,

除依传统合同法的订立规则及理论加以判断以外,尚有一些特殊的规则和问题,主要有: (1)格式条款订入商业性合同适用民法的一般缔约理论;

(2)格式条款可以因“连续交易理论”

(ac

o

u

r

s

eo

fd

e

a

l

i

n

g

)、

“共同了解理论”(c

o

mmo

nu

n

d

e

r

s

t

a

n

d

i

n

g

)、

“习惯做法”(n

o

r

ma

lp

r

a

c

t

i

c

e

)

或“商业惯例”(c

o

mme

r

c

i

a

lu

s

a

g

e

)的适用而订入合同。

所谓连续交易关系(l

a

u

f

e

n

d

eGe

s

c

h

a

e

f

t

s

b

e

z

i

e

h

u

n

g

),

又叫系列交易关系,

是指当事人之间多

次地和重复地进行某类交易,

所采用的格式条款相同,所使用的免责条款一致。就使用人(格

式条款提供人)方面来讲,

他须一直无误解地认识到,其原则上只准备在该格式条款的基础上

〔

3

2

〕 格式条款损害消费者的合法权益,

主要是格式的免责条款损害消费者的权益,加上所引文献基本上是讨论免责条

款订入合同、

有效无效等问题,

故本书所述格式条款订入合同大多是免责条款订入合同,除非特别指明,所使用的

格式条款指的就是格式的免责条款。

〔

3

3

〕 刘宗荣:

“论免责条款之订入定型化契约”,

载郑玉波主编:

《民法债编论文选辑》(上),

五南图书出版有限公司 1

9

8

4

年版,

第 2

5

2~2

5

3页。

〔

3

4

〕Ch

e

s

h

i

r

eFi

f

o

o

t&Fu

r

ms

t

o

n

’sLa

w o

fCo

n

t

r

a

c

t

,Bu

t

t

e

r

wo

r

t

h

s

,El

e

v

e

n

t

hEd

i

t

i

o

n

,1

5

2(1

9

8

6);韩 世 远:“免 责 条 款 研

究”,

载梁慧星主编:

《民商法论丛》(第 2卷),

法律出版社 1

9

9

4年版,

第 4

8

8页。

〔

3

5

〕 详细说明,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 1

8

0页。

〔

3

6

〕 G.

H.

Tr

e

i

t

e

l

,Th

eLa

wo

fCo

n

t

r

a

c

t

,

Swe

e

t&Ma

x

we

l

l

,

Ni

n

t

hEd

i

t

o

n

,

1

9

7(1

9

9

5);崔建远:《合同责任研究》,吉林大学

出版社 1

9

9

2年版,

第 1

4

0页;

韩世远:

“免责条款研究”,

载梁慧星主编:《民商法论丛》(第 2卷),法律出版社 1

9

9

4

年版,

第 4

9

0页。

〔

3

7

〕[

1

9

3

4]2KB3

9

4a

t4

0

3.



从事交易。就客户方面来讲,

须其基于迄今为止发展的交易关系可以推断,

该格式条款在无保

留缔结合同时会再次成为合同内容。满足上述要件,

使用人即可无须尽提示义务,

格式条款即

可直接订入合同。

〔

3

8

〕

连续交易理论只适用于商业性合同而不适用于消费者合同,理由主要有:(1)消费者合同

的当事人为商人和消费者,

双方并无经营的特定种类的交易,

一般来讲,

欠缺连续交易的形态。

(2)当事人交涉能力是否平等,

已经成为判断免责条款是否可以适用连续交易理论的标准。在

消费者合同中,

双方交涉力量不平等,而交涉力量越不平等,对免责条款订入合同越应采取严

格的态度。

〔

3

9

〕

与连续交易理论相似的是“共同了解理论”。后者与前者的不同之处在于,它认为双方当

事人不以有“频仍的交易”、

“内容一致的格式条款”为必要,只要相对人“了解”格式条款的使

用人是以“某特定种类的格式条款”作为合同内容,即使双方当事人“以往没有交易前例”或

“虽有交易而不频仍”,

格式条款仍可因“共同了解”而被订入合同。

〔

4

0

〕

格式条款若已成为某行业的常规,则其对于规则地与从事该行业之人为交易的相对人而

言,

视为订入合同。此种行业多为运输业和仓储业。

〔

4

1

〕 不仅如此,某条款还可以因构成一种交

易习惯或惯例的一般交易过程而被默示地订入合同,这种默示即便是在发生争议的特定合同

当事人先前从未做过交易的场合,亦能产生,因而免责条款如同其他形式的合同条款,可以通

过这一途径被订入合同。

〔

4

2

〕格式条款若表现为某种交易的“既成惯例”(a

ne

s

t

a

b

l

i

s

h

e

du

s

a

g

e

)

的形式,

则不论相对人是否已经知悉或应该知悉此种惯例,

均应成为合同的组成部分。

〔

4

3

〕

如果在连续交易关系中,

格式条款被改变了,那么,只有在格式条款的利用人以特别标注

清楚明确地提示该格式条款新版本的情况下,

该新版本才会被认为订入合同。

〔

4

4

〕

在合同当事人均为商人的情况下,

双方都提出了格式条款。例如,

一方当事人发出一份表

格,

声称合同依其条款而成立,而另一方当事人返还一份表格答复道:该合同依据了他的条

款。

〔

4

5

〕 于此场合,应以何人的格式条款订入合同欠缺明确的合意时,即将合同付诸履行,若发

生损害赔偿,

有责任的一方援用免责条款时,究竟应以何方当事人的格式免责条款为准,颇生

疑问。这就是“格式之争”(b

a

t

t

l

eo

ff

o

r

ms

)问题。

〔

4

6

〕对此,德、法、英、美等许多国家起初基于

镜像规则而采用“最后用语规则”(l

a

s

two

r

dd

o

c

t

r

i

n

e

)来解决问题。该原则的意思是,

每一个被

采纳的表格都应被当做一个反要约,

最后一个表格被看做是收到者以沉默的方式接受。

〔

4

7

〕目

前的有力说则为“剔除规则”(t

h

ek

n

o

c

ko

u

tr

u

l

e

)。所谓剔除规则,是指本着诚实信用原则,双

〔

3

8

〕Mu

e

n

c

h-k

o

mm/

Ba

s

e

d

o

w,3

0

5,Rn

.9

3f

.

这些内容系由清华大学法学院副教授王洪亮博士所译，

特此致谢!

〔

3

9

〕I

b

i

d,

2

6

4f

.

〔

4

0

〕I

b

i

d,

2

7

0f

.

〔

4

1

〕刘宗荣:

《定型化契约论文专辑》,

三民书局 1988年版,第 30页。

〔42〕G. H. Treitel,The Law of Contr

a

c

t

,Swe

e

t&Ma

x

we

l

l

,Ni

n

t

hEd

i

t

i

o

n

,

2

0

1(1

9

9

5).

译文来自韩世远:

“免责条款研究”,

载梁慧星主编:

《民商法论丛》(第 2卷),

法律出版社 1

9

9

4年版,

第 4

9

4页。

〔

4

3

〕 刘宗荣:

《定型化契约论文专辑》,

三民书局 1

9

8

8年版,

第 3

0页。

〔

4

4

〕Mu

e

n

c

h-k

o

mm/

Ba

s

e

d

o

w,3

0

5,Rn

.9

3f

.

〔

4

5

] Ch
e
s
h
i
r
eFi
f
o
o
t&Fu
r
ms
t
o
n
’sLa
wo
fCo
n
t
r
a
c

t

,Bu

t

t

e

r

wo

r

t

h

s

,El

e

v

e

n

t

hEd

i

t

i

o

n,

1

5

5(1

9

8

6).

〔

4

6

〕 参见韩世远:

“免责条款研究”,

载梁慧星主编:

《民商法论丛》(第 2卷),

法律出版社 1

9

9

4年版,

第 4

9

4页。

〔

4

7

〕 Ch

e

s

h

i

r

eFi

f

o

o

t&Fu

r

ms

t

o

n

’sLa

wo

fCo

n

t

r

a

c

t

,Bu

t
t
e
r
wo
r
t
h
s
,
El
e
v
e
n
t
hEd
i
t
i
o
n
,
1

5

5(1

9

8

6).

2

4　合同法(第六版)

方缔约的真实意图是他们明确表示同意的部分,

双方没有明确表示同意的部分,也就是双方以

沉默的方式表示不同的部分,

即所谓的“部分不同意”部分,

应当被剔除,

所以,

合同最终成立的

内容是双方均明确表示同意的部分。

〔

4

8

〕《国际商事合同通则》第 2.

2

2条规定,在双方当事人

均使用各自的格式条款的情况下,

如果双方对除格式条款以外的条款达成一致,则合同应根据

已达成一致的条款以及在实质内容上相同的格式条款订立,除非一方事前明确表示或者事后

毫不迟延地通知相对人,

他无意受该合同的约束。这表明采纳了“剔除规则”。

〔

4

9

〕

格式条款被订入合同,除必须积极地具备以上要件外,还要求格式条款在合同上不属于

“异常条款”(s

u

r

p

r

i

s

i

n

gc

l

a

u

s

e

s

)。如果格式条款过分异常,

以至于相对人难以预料到该条款会

出现于格式合同所运用的交易类型时,则该条款视为未被订入合同(《德国债法现代化法》第

3

0

5c条第 1项)。判断格式条款是否为异常条款,

取决于两个因素:

(1)该条款脱逸该合同所属

典型合同的程度;

(2)格式条款使用人“提请相对人注意该条款内容的方法”与使用人“隐藏该

条款,

防免相对人注意该条款内容的方法”。

〔

5

0

〕

## 第七节　要约和承诺程序的变异

一、

### 要约和承诺程序的变异概说

订立合同的要约、承诺乃至整个程序,有自身的规定性和完整的环节以及固定的法律效

力,

为当事人订立合同提供了范式。但在实务运作中,

有的省略某些环节、

简化缔约程序,有的

承诺无须通知,

有的因一定事实过程而缔约,

这都不妨碍合同的成立。它们分别表现为交错要

约、

意思实现和事实缔约三种情况。

交错要约场合,

由于后一要约并非前一要约的承诺,

因交错要约而成立合同显然属于要约

和承诺程序的变异。意思实现场合,承诺无须通知,有可认为承诺的事实时合同即告成立,相

较于典型的要约和承诺程序具有特色,也可以说是一种变异。事实缔约,对于承诺,拟制的成

分很重,

更不同于典型的要约、

承诺方式,

可以看做要约和承诺程序的变异。

二、

交错要约

(一)交错要约的界定

交错要约(c

r

o

s

so

f

f

e

r

s

),

又称要约的吻合,

是指当事人一方向相对人为要约,

适值相对人亦

为同一内容的要约(t

woi

d

e

n

t

i

c

a

lo

f

f

e

r

s

),

且双方当事人彼此均不知有要约的现象。

〔

5

1

〕例如,甲

〔

4

8

〕Va

nAl

s

t

i

n

e

,Co

n

s

e

n

s

u

s

,Di

s

s

e

n

s

u

s

,a

n

dCo

n

t

r

a

c

t

u

a

lOb

l

i

g

a

t

i

o

nTh

r

o

u

g

ht

h

ePr

i

s

mo

fUn

i

f

o

r

mI

n

t

e

r

n

a

t

i

o

n

a

lS

a

l

e

sLa

w,

3

7Vi

r

g

i

n

i

aJ

o

u

r

n

a

lo

fI

n

t

e

r

n

a

t

i

o

n

a

lLa

w,1,1

0

3-

4(1

9

9

6).

转引自俞跃汀:

“格式合同之争”,

清华大学法学院 2

0

0

5年

论文,

第 3页。

〔

4

9

〕 俞跃汀:

“格式合同之争”,

清华大学法学院 2

0

0

5年论文,

第 2页。

〔

5

0

〕 刘宗荣:

“免责条款之订入定型化契约”,

载郑玉波主编:《民法债编论文选辑》(上),五南图书出版有限公司 1

9

8

4

年版,

第 2

7

3~2

7

8页。

〔

5

1

〕 杨桢:

《英美契约法论》,

北京大学出版社 1

9

9

7年版,

第 4

5页。



向乙发出了愿以 6万元的价款将其二手车出卖给乙的要约,而乙恰巧同时向甲发出了拟以 6

万元的价款购买其二手车的函件。乙的函件所表示的意思不得视为承诺,因为承诺是针对要

约而作出的。学者将之称为交错要约。

交错要约通常发生在以非对话方式签订合同的场合,如果在以对话方式签订合同的情况

下,

则有“同时表示”的问题。所谓同时表示,

是指对话人之间同时为同一内容的意思表示。

〔

5

2

〕

(二)交错要约的效力

关于交错要约能否成立合同,意见不一。采实质说者认为,两个意思表示的内容既属一

致,

自应成立合同;

取形式说者主张,合同仅能依要约和承诺的形式成立,在交错要约场合,必

须当事人之一对要约为承诺,

合同才能成立,

唯亦有主张此项承诺,

依其情形可以因要约人的沉

默而推知。实质说更为合理,

因为从主观方面说,

双方当事人皆有缔约的意思;

自客观角度而言,

内容又属一致,

故无理由阻止合同成立。至于合同成立的时间,

应以在后的要约到达相对人时为

准。

〔

5

3

〕《合同法》及其理论宜采此说。

至于合同成立的时间,当两个意思表示同时到达相对人时,到达的时间为合同成立的时

点;

〔

5

4

〕

如果两个意思表示没有同时到达,

则合同成立应以后一个意思表示到达的时间为准。

〔

5

5

〕

三、

意思实现

(一)意思实现的界定

意思实现(Wi

l

l

e

n

s

b

e

t

a

t

i

g

u

n

g

),

是指根据能产生法律效果的意思,

实施具有推断其意思的价

值的行为。它不需要表示,

也无须相对人接受。

〔

5

6

〕具体到合同订立中的意思实现,是指如下的

合同订立方法:

要约生效后,

在相当的时期内,

因有可认为承诺的事实,

无须受要约人再为承诺

意思表示的通知,

合同即成立。

〔57〕本节所论的是作为合同订立方法的意思实现。关于意思实

现是否属于要约、

承诺的缔约方法,

存在不同的意见,

本书持肯定态度。

〔58〕

(二)意思实现的构成要件

因为合同因意思实现而成立,

不必通知,关系当事人的利益极大,所以应严格确定构成要

件。

1.

承诺无须通知

所谓承诺无须通知,

在《合同法》上有两种情况(第 2

2条但书,

第 2

6条第 1款后段)。第一

种情况是,

根据交易习惯承诺无须通知。例如,依价目表向旧书店购书,就属于这种情况。第

〔

5

2

〕 郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 5

0页。

〔

5

3

〕 郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 5

0页;

孙森焱:

《民法债编总

论》(上册),

三民书局 1

9

9

7年版,

第 5

7页;

王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),三民书局

1

9

9

3年版,

第 1

5

0页。

〔54〕[日]我妻荣:《债权各论》(上卷),岩波书店1954年版,第70页。转引自韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第117页。

〔55〕[日]星野英一:《日本民法概论IV·契约》,姚荣涛译,刘玉中校订,五南图书出版有限公司19

9

8年版,第 3

0页;韩

世远:

《合同法总论》,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 1

1

7页。

〔

5

6

〕[日]四宫和夫:

《日本民法总则》,

唐晖、

钱孟姗译,

朱柏松校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

5年版,

第 1

4

8页。

〔

5

7

〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(上),

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 3

1页。

〔

5

8

〕 详细阐释,

见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第二版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 2

0

2页。

4



二种情况是,根据要约表明承诺无须通知。例如,甲向乙紧急购物,嘱咐乙即刻发货,即属此

类。

2.

存在可认为承诺的事实

所谓可认为承诺的事实,主要有两种情况:(1)履行行为,即履行因合同成立所负担的债

务,

如寄送邮购的物品;

或为履行合同而做准备,

如旅馆为顾客预留房间。

〔

5

9

〕(2)受领行为,即

行使因合同成立所取得的权利,

如拆阅现物要约寄来的书。

〔

6

0

〕正因为可认为承诺的事实表现

为履行行为、

受领行为,

《合同法》径直使用了“通过行为作出承诺”(第 2

2条但书)、

“作出承诺

的行为”(第 2

6条第 1款后段)的术语。

单纯的沉默,

除非当事人之间有特别的约定或符合交易习惯,是不可以作为“可认为承诺

的事实”的。即使要约中表示如果不作出承诺与否的通知,即视为承诺,受要约人也是没有作

出承诺与否的通知的义务的,

在不为通知的场合,

合同并不成立。

〔

6

1

〕

实施可认为承诺的行为,

得遵循承诺期间的规则,

应属当然。《合同法》第 2

2条但书、

第 2

6

条第 1款的规定没有明示,

但可以通过解释这些规定加以探寻。(1)要约明确约定了实施可认

为承诺的行为的期间的,

依其约定;

(2)要约没有约定的,根据交易习惯可以确定的,遵从交易

习惯;

(3)如此仍不能确定的,

应当适用《合同法》第 2

3条关于承诺到达期间的规定加以认定。

四、

事实过程缔约

(一)事实上的合同关系的兴起

依传统合同法的理论,

合同只能依当事人意思表示一致的缔结方式而成立,

意思表示不生

效力、

无效或被撤销时,

所订立的合同亦失去效力,

不复存在。德国学者豪普特(Ha

u

p

t

)教授对

此予以批评强烈,

认为这一理论泥守观念,故步自封,不能解决问题,并于 1

9

4

1年提出一项新

理论,

强调在某些情况下,

合同关系得因一定事实过程而成立,

而当事人的意思如何,

则在所不

问。这种因一定事实 过 程 而 成 立 的 合 同,被 豪 普 特 教 授 称 作 事 实 上 的 合 同 关 系 (Fa k

t

i

s

c

h

e

Ve

r

t

r

a

g

s

v

e

r

t

h

a

l

t

n

i

s

s

e

),

并强调它不是类似合同的法律关系,

而是确具合同内容的实质,

与传统合

同观念不同之处,

只是其成立的方式而已,

所以针对其内容,

合同法的规定全有适用余地。

〔

6

2

〕

豪普特教授认为,

基于一定事实过程而成立合同的类型有三:(1)基于社会接触而成立的

事实上的合同关系;

(2)基于团体关系而成立的事实上的合同关系;

(3)基于社会给付义务而产

生的事实上的合同关系。

〔

6

3

〕 反对者认为,第一种类型为缔约过失问题,由缔约过失责任解

决。

〔

6

4

〕 第二种类型中的“事实上的劳动关系”在德国民法上已被“有瑕疵的劳动关系”所取代,

〔

5

9

〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

4

5页。

〔

6

0

〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

4

5页。

〔

6

1

〕 [日]水本浩:

《契约法》,

有斐阁 1

9

9

5年版,

第 2

7页;

郑玉波:《民法债编总论》(修订 2版),陈荣隆修订,中国政法

大学出版社 2

0

0

4年版,

第 5

1页。

〔

6

2

〕 Ha

u

p

t

,

ü

b

e

rf

a

k

t

i

s

c

h

eVe

r

t

r

a

g

s

v

e

r

h

a

l

t

n

i

s

s

e

,

Le

i

p

z

i

g

e

rr

e

c

h

t

s

wi

s

s

e

n

s

c

h

a

f

t

l

i

c

h

eSt

u

d

i

e

n

,1

9

4

1,S.

3f

.转引自王泽鉴:

《民法

债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

6

5~1

6

6页。

〔

6

3

〕Ha

u

p

t

,

ü

b

e

rf

a

k

t

i

s

c

h

eVe

r

t

r

a

g

s

v

e

r

h

l

t

n

i

s

s

e

,

Le

i

p

z

i

g

e
rr
e
c
h
t
s
wi
s
s
e
n
s
c
h
a
f
t
l
i
c
h
eSt
u

d

i

e

n

,1

9

4

1,S.

3f

.转引自王泽鉴:《民法

债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

6

6页。

〔

6

4

〕Le

h

ma

n

n,

NJ

W 1

9

5

8,

1

9

8

1f

.

转引自王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),三民书局 1

9

9

3年

版,

第 1

6

6页。



“事实上合伙”亦逐渐被“有瑕疵合伙”理论所替换。

〔
6
5
〕
第三种类型经过拉伦茨(La
r
e
n
z
)教授的改造,
形成了“社会典型行为理论”(Di
eLe
h
r
ev
o
m
s
o
z
i
a
l
t

y

p

i

s

c

h

e

nVe

r

h

a

l

t

e

n

),

〔

6

6

〕

德国联邦法院在有名的 BGH2

13

1

9一案中,曾经采纳该理论作

为判决理由,

引人注目。

(二)事实上的合同关系理论的式微

虽然德国联邦最高法院的判决肯定和采纳了事实合同关系说或社会典型行为理论,但德

国民法学界从未停止过对该学说合理性的争议。随着时间的推移,民法学家提出的批评有增

无减。

〔67〕即使是拉伦茨教授本人,也开始对自己的学说进行修正,最终放弃了由豪普特教授创

立的事实合同关系理论。

〔68〕随着豪普特教授和拉伦茨教授关于事实上的合同关系学说的式

微,

德国联邦最高法院在对其他一些带有公法性质的给付关系作出类似于本案的判决之后,便

不再采纳这种理论。

〔69〕

(三)中国学者对事实缔约的态度

在中国,

事实缔约是个普遍现象,必须予以重视。虽有学者认为“事实的合同关系超越了

意思自治的范畴,

依事实过程即认有合同关系的成立”,

〔

7

0

〕但不少学者赞成应弹性解释要约和

承诺,

肯定以不同方式向非特定人发出要约和以行为所作的承诺。

〔

7

1

〕 事实行为若不能体现为

一种意思表示,

或不能通过事实行为而使双方意思表示一致,

则不能成立合同。

〔

7

2

〕

第八节　合意与不合意

一、

合意与否的界定

合同的订立有上述种种程序,

无论采取何种程序,其内容必须一致,合同才能成立。所谓

内容一致,

按合同的本质要求,

应是相互意思表示一致,

简称为合意。

《合同法》以表示主义为原则,

仅在合同因欺诈、

胁迫等原因而成立时采取意思主义,

所以,

合意原则上应指双方当事人表示内容的一致,

在客观上对合同条款意思表示一致。

双方当事人对合同的内容未达成一致意见的,

为不合意,

有公然不合意与隐存的不合意两

种类型。所谓公然不合意,

又称意识的不合意,是指当事人明知欠缺意思一致。例如,甲向乙

〔

6

5

〕Wi

e

s

n

e

r

,

Di

eLe

h

r

ev

o

nd

e

rf

e

h

l

e

r

h

a

f

t

e

nGe

s

e

l

l

s

c

h

a

f

t

,

1

9

8

0.

〔

6

6

〕[德]卡尔·拉伦茨:

《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,谢怀栻校,法律出版社

2

0

0

3年版,

第 7
4
5~7
4
6页。
〔
6
7
〕Vg
l
.Ha
n
sBr
o
x,Al
l
g
e
me
i
n
e
rTe
i

ld

e

sBGB,

2

2.Au

f

l

a

g

e1

9

9

8,Rd

n

r

.

1

9

9.

边码 2

0

0。转引自邵建东编著:

《德国民法

总则编典型判例 1

7则评析》,

南京大学出版社 2

0

0

5年版,

第 5

2~5

3页。

〔

6

8

〕[德]卡尔·拉伦茨:

《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,谢怀栻校,法律出版社

2

0

0

3年版,

第 7

4

6页。

〔

6

9

〕邵建东编著:

《德国民法总则编典型判例 1

7则评析》,

南京大学出版社 2

0

0

5年版,

第 5

4页。

〔

7

0

〕 韩世远:

《合同法总论》,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 1

1

6页。

〔

7

1

〕 苏惠祥主编:

《中国当代合同法论》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 8

4页。

〔

7

2

〕 王利明、

崔建远:

《合同法新论·总则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

6年版,

第 1

8

0页。



购买奥迪车一辆,

乙答复只出售捷达车一辆,彼此未达成合意,合同则不成立。所谓隐存的不

合意,

又称无意识的不一致,即当事人不知其意思表示不一致。它包括以下两种情况:其一, 甲、

乙洽商成立合伙企业,

因涉及事项多和谈判时间长,遗漏甲起初要求自己出任企业负责人

一事未确定,

双方却误以为全部问题均已谈妥,合伙合同成立。其二,当事人的意思表示客观

上有歧义,

又不能通过合同解释加以排除。例如,

在 Ra

f

f

l

sv

.Wi

c

h

e

l

h

a

u

s判例〔73〕中,

双方当事

人签订一棉花买卖合同,

一致同意由 Pe

e

r

l

e

s号船将棉花从孟买运至买方所在地。事情巧在有

两艘船均叫 Pe

e

r

l

e

s号,

一艘于 1

0月离港,另一艘于 1

2月起航。一方当事人意指 1

0月离港的

Pe

e

r

l

e

s号,

另一方则指 1

2月起航的 Pe

e

r

l

e

s号。于此场合,

双方的意思表示并不一致,

但当事人

不知,

即为隐存的不合意,

合同不成立。

〔

7

4

〕

合同成立所要求的合意,

是对合同的全部内容完全一致抑或是对合同的必要之点一致,

应

视具体情况而定。如果当事人要求必须对合同的内容完全一致,那么只有双方协商到如此程

度方为合意。如果当事人坚持对特定事项达成协议,

那么双方就这些特定事项协商一致,

即为

合意。在国际贸易中形成的规则是,

如果当事人就其交易的主要条款协商一致,

未予确定的次

要条款可能在随后的事实中或通过法律显示出来,

则认为已形成合意,

合同成立。只要当事人

有意订立合同,

即便是特意将一项条款留待日后进一步谈判商定或由第三人确定(特意待定的

合同条款),

这一事实并不妨碍合同成立。如果当事人未能就待定条款达成一致,或第三人未

予确定,

但考虑到当事人的意图,

若在具体情况下具有可选择的合理方法来确定此条款的,合

同的存在将不受影响。

当事人对合同是否成立存在争议,人民法院能够确定当事人名称或姓名、标的及其数量

的,

一般应当认定合同成立。但法律另有规定或当事人另有约定的除外。对合同欠缺的前款

规定以外的其他内容,

当事人达不成协议的,人民法院依照《合同法》第 6

1条、第 6

2条、第 1

2

5

条等有关规定予以确定(法释[2

0

0

9]5号第 1条)。

二、

合同成立的时间

关于合同成立的时间,

亦应视具体情况而定。在承诺意思实现的情况下,

意思实现时为合

同成立的时间。在交错要约场合,第二个要约到达之时为合同成立之时。在合同以要约和承

诺的程序缔约场合,

合同采口头形式时,承诺生效之时为合同成立之时。合同采书面形式时,若为普通书面且为诺成合同,

承诺生效之时即为合同成立之时;若承诺生效与双方当事人签字

或盖章的时间不一致,

双方当事人签字或盖章时为合同成立的时间。要约和承诺不能明确区

分的,

当事人提供证据证明对主要条款协商一致时为合同成立的时间。合同为实践合同时, 若

交付标的物晚于合意达成,

则交付标的物之时为合同成立之时,若交付标的物先于或与合意同

时,

则承诺生效之时为合同成立的时间。

在存有合同确认书的情况下,判定合同成立的时间相对复杂,且观点尚未一致。《国际商

事合同通则》第 2.

1

3条及其注释主张,在商务实践中,特别是进行非常复杂的交易时,在长时

间的谈判之后,

当事人常常签订一份非正式文件,

如所谓的"初步协议"、

"协议备忘录"、"意向

〔

7

3

〕 1

5

9En

g.Re

p.3

7

5(Ex.

1

8

6

4).

〔

7

4

〕 [美]E.

艾伦·范斯沃思:

《美国合同法》,

葛云松、

丁春艳译,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

6

3页。



书”等,

该文件记载了迄今为止已达成的条款。但同时,当事人声明他们将在晚些时候签署一

份正式文件(“须签订合同”、

“遵照正式合同”)。在有些情况下,当事人认为他们的合同已成

立,

签署正式文件只不过是对已达成的协议进行确认。这时,合同成立的时间为“初步协议”、

“意向书”等成立之时,而非确认书拟就之时。但当事人双方或者一方声明,除非签订正式文

本,

否则他们将不受拘束,

则在确认书或其他正式文件签署之时方为合同成立的时间。《合同

法》未作如此区分,

一律以确认书签署时为合同成立的时间(第 3

3条)。

有时,

当事人签署初步协议、

意向书,

并未声明将在晚些时候签署一份正式合同文件,此时

初步协议、

意向书的法律效力并不完全相同,有的完全具有合同的效力,有的部分具有合同的

效力,

有的部分没有合同效力,

有的完全没有合同效力。

〔

7

5

〕 在美国,法院分析初步协议的效力

时主要依据“当事人的意思”和“协议的完整性”。

〔

7

6

〕 许多判例表明,判断意向书的效力就是确

定当事人的意思问题。

〔

7

7

〕当意向书满足条款的确定性和有订立合同意思时,该意向书有法律

约束力;

当不满足其中之一或两个条件都不满足时,

不具有约束力。

〔

7

8

〕这符合客观实际和合同

法的原理,

值得我们借鉴。

三、

合同成立的地点

关于合同成立的地点,

以对话方式缔约时,承诺之地为合同成立的地点;以非对话方式缔

约,

并采用书面形式的,

以在合同书上签字或盖章之地为合同成立的地点(《合同法》第 3

5条);

合同约定的签订地与实际签字或盖章地点不符的,人民法院应当认定约定的签订地为合同签

订地;

合同没有约定签订地,

双方当事人签字或盖章不在同一地点的,人民法院应当认定最后

签字或盖章的地点为合同签订地(法释[2

0

0

9]5号第 4条)。但须注意,若采取口头形式,要以

承诺生效的地点为合同成立地。

需要注意的是,

电子合同采取电子签名,不同于传统的在纸质文件上签字或盖章,因此在

确定电子合同的成立地点方面具有特殊性。按照《合同法》第 3

4条第 2款的规定,

收件人的主

营业地为合同成立的地点。没有主营业地的,

其经常居住地为合同成立的地点。

〔

7

5

〕Ra

l

p

hB.La

k

e

,Ug

oDr

a

e

t

t

a

,l

e

t

t

e

r

so

fi

n

t

e

n

ta

n

do

t

h

e

rp

r

e

c

o

n

t

r

a

c

t

u

a

lDo

c

u

me

n

t

s

:c

o

mp

a

r

a

t

i

v

ea

n

a

l

y

s

i

sa

n

df

o

r

ms

,2n

d,

Bu

t

t

e

r

wo

r

t

h

s

,2

3(1

9

9

4).

该文献及初步协议、

意向书的法律效力问题,

系陈进博士提供,

特此致谢!

〔

7

6

〕 Ra

l

p

hB.La

k

e

,Ug

oDr

a

e

t

t

a

,l

e

t

t

e

r

so

fi

n

t

e

n

ta

n

do

t

h

e

rp

r

e

c

o

n

t

r

a

c

t

u

a

lDo

c

u

me

n

t

s

:c

o

mp

a

r

a

t

i

v

ea

n

a

l

y

s

i

sa

n

df

o

r

ms

,2n

d,

Bu

t

t

e

r

wo

r

t

h

s

,a

t9

4-9

5.

〔

7

7

〕 Ra

l

p

hB.La

k

e

,Ug

oDr

a

e

t

t

a

,l

e

t

t

e

r

so

fi

n

t

e

n

ta

n

do

t

h

e

rp

r

e

c

o

n

t
r
a
c
t
u
a
lDo
c
u
me
n
t
s
:c
o
mp
a
r
a
t
i
v
ea

n

a

l

y

s

i

sa

n

df

o

r

ms

,2n

d,

Bu

t

t

e

r

wo

r

t

h

s

,
a
t9
6.
〔
7
8
〕 Ra
l
p
hB.La
k
e
,Ug
oDr
a
e
t
t
a
,l
e
t
t

e

r

so

fi

n

t

e

n

ta

n

do

t

h

e

rp

r

e

c

o

n

t

r

a

c

t

u

a

lDo

c

u

me

n

t

s

:c

o

mp

a

r

a

t

i

v

ea

n

a

l

y

s

i

sa

n

df

o

r

ms

,2n

d,

Bu

t

t

e

r

wo

r

t

h

s

,

a

t1

5

5.

## 第四章　合同的内容与形式

### 第一节　合同的条款

一、

概说

当事人依程序订立合同,

意思表示一致,便形成合同条款,构成了作为法律行为意义上的

合同的内容。合同条款固定了当事人各方的权利义务,

成为了法律关系意义上的合同的内容。

合同的条款,

依据不同的标准,

可有不同的分类。例如,

以是否是行为规范为标准,法律规

定的合同条款可有提示性条款(倡导性条款)的类型;以合同若不具备某些条款就不能成立为

标准,

合同的条款分为主要条款和非主要条款;以是否采取了格式条款的形式为标准,合同的

条款可分为格式条款和个别商议条款(个别协议条款);

以是否具有免责的功能为标准,

合同的

条款可分为免责条款和非免责条款。基于全书的分工要求,

本节只讨论提示性条款、

主要条款

和普通条款。格式条款已经在本书第三章第六节“附合缔约”中讨论过了,将在第十四章第五

节“格式条款的解释”继续对其予以探讨,

免责条款将于本书第十三章第五节“免责条件与免责

条款”和第十四章第六节“免责条款的解释”中予以分析。

二、

提示性的合同条款

为了示范较完备的合同条款,

《合同法》第 1

2条规定了如下条款,

以提示缔约人。

(一)当事人的名称或姓名和住所

当事人是合同权利和合同义务的承受者,

没有当事人,

合同权利义务就失去了存在的意义,

给

付和受领给付也就无从谈起,

因此,

订立合同必须有当事人这一条款。对当事人的名称或姓名及

住所要加以特定化、

固定化,

所以,

具体合同条款的草拟必须写清当事人的名称或姓名和住所。

(二)标的

标的是合同权利义务指向的对象。合同不规定标的,

就会失去其目的,

失去积极的意义。可

见,

标的是一切合同的主要条款。目前,

多数说认为合同关系的标的为给付行为,

而《合同法》第

1

2条所规定的标的,

通常不是学说所指的标的,

而是标的物,

于是才有所谓的标的的质量、

标的的

数量等用语。所以,

对于《合同法》及有关司法解释所说的标的,

通常需要按标的物理解。

标的条款必须清楚地写明标的的名称,

以使标的特定化,

从而能够界定权利义务的量。

(三)质量和数量

标的(物)的质量和数量是确定合同标的(物)的具体条件,是这一标的(物)区别于同类另

一标的(物)的具体特征。标的(物)的质量要详细具体,

如标的(物)的技术指标、质量要求、规



格、

型号等都要明确。标的(物)的数量要确切。首先应选择双方共同接受的计量单位, 其次要

确定双方认可的计量方法,

最后应允许规定合理的磅差或尾差。标的(物)的质量和数量若能

通过有关规则及方式推定出来,

则合同欠缺这样的条款也不影响其成立。

(四)价款或酬金

价款是取得标的物所应支付的代价,

酬金是获得服务所应支付的代价。价款,

通常指标的

物本身的价款,

但商业上的大宗买卖一般是异地交货,于是便产生了运费、保险费、装卸费、保

管费、

报关费等一系列额外的费用。它们应由哪一方支付,

需要在价款条款中写明。

(五)履行的期限

履行期限直接关系到合同义务完成的时间,

它涉及当事人的期限利益,

关系到履行期尚未

届至的抗辩和履行期尚未届满的抗辩,

也是确定违约与否的因素之一,

因此十分重要。履行期

限可以规定为即时履行,

也可以规定为定时履行,

还可以规定为在一定期限内履行。如果是分

期履行,

则应写明每期的准确时间。履行期限若能通过有关规则及方式推定出来,则合同欠缺

这样的条款也不影响其成立。

(六)履行地点和方式

履行地点是确定验收地点的依据,是确定运输费用由谁负担、风险由谁承受的依据,也是

确定标的物所有权是否移转、

何时转移的依据,还是确定诉讼管辖的依据之一,对于涉外合同

纠纷,

它还是确定法律适用的一项依据,

因此十分重要。

履行方式,

如是一次交付还是分期分批交付,是交付实物还是交付标的物的所有权凭证, 是铁路运输还是空运、

水运等,

同样事关当事人的物质利益,

合同中应写明,

但对于大多数合同

来说,

它不是主要条款。

履行的地点、

方式若能通过有关方式推定,

则合同即使欠缺它们也不影响其成立。

(七)违约责任

违约责任是促使当事人履行债务,

使守约方免受或少受损失的法律措施,

与当事人的利益

关系重大,

合同对此应予明确。例如,

明确规定违约致损的计算方法、

赔偿范围等,

对于将来及

时地解决违约问题,

具有十分重要的意义。当然,违约责任是法律责任,即使合同中没有规定

违约责任条款,

但只要未依法免除违约责任,

违约方仍应负责。

(八)解决争议的方法

解决争议的方法,

包括解决争议运用什么程序、适用何种法律、选择哪家检验或鉴定的机

构等内容。当事人双方在合同中约定的仲裁条款、

选择诉讼法院的条款、

选择检验或鉴定机构

的条款、

涉外合同中的法律适用条款、

协商解决争议的条款等,

均属解决争议的方法的条款。

合同无效、被撤销或终止的,不影响合同中独立存在的有关解决争议方法
的条款的效力

(《合同法》第 5

7条)。

三、

合同的主要条款

合同的主要条款,

是合同必须具备的条款。欠缺它,合同就不成立。合同的主要条款,有

的是由法律直接规定的,

有的是由合同的性质决定的,

有的则由当事人的约定而产生。前两种

主要条款决定着合同的类型和当事人各方权利义务的质与量。但由当事人约定而形成的主要

0



条款,

一般不能决定合同的类型。

《合同法》第 1

2条规定的合同条款中,

当事人条款和标的条款是主要条款。

合同的主要条款,

有时是法律直接规定的。当法律直接规定某种特定合同应当具备某些

条款时,

这些条款就是主要条款。例如,《合同法》要求借款合同应有借款币种的条款(第 1

9

7

条第 2款),

币种条款属于借款合同的主要条款。

合同的主要条款当然由合同的类型和性质决定。按照合同的类型和性质的要求,应当具

备的条款,

就是合同的主要条款。例如,价款条款是买卖合同的主要条款,却不是赠与合同的

主要条款。

合同的主要条款还可以由当事人约定产生。例如,

买卖合同中关于交货地点的条款,如一

方提出必须就该条款达成协议,

它就是主要条款;若双方均未提出必须在某地交货,则该条款

就不是主要条款。

四、

合同的普通条款

合同的普通条款,

是指合同主要条款以外的条款。它包括以下类型:

1.

法律未直接规定,

亦非合同的类型和性质要求所必须具备的,

当事人无意使之成为主要

条款的合同条款。例如,

关于包装物返还的约定和免责条款均属此类。

2.

当事人未写入合同中,

甚至从未协商过,

但基于当事人的行为,

或基于合同的明示条款,

或基于法律的规定,

理应存在的合同条款。英美合同法称为默示条款。

3.

特意待定条款。这是当事人有意将某些合同条款留待以后谈判商定, 或由第三人确定,

或根据具体情况加以确定的条款。在它不影响合同的确定性时不妨碍合同成立。倘若特意待

定条款过多,

致使合同的条件欠缺时,

则合同不成立。

〔1〕

第二节　合同权利与合同义务

合同的内容,

从合同关系的角度讲,

是指合同权利和合同义务。它们主要由合同条款加以

确定,

有些则由法律规定而产生,

如某些从给付义务,

以及某些附随义务。

一、

合同权利

合同权利,

包括合同债权以及形成权、

抗辩权乃至监管权〔2〕等权利。其中,

合同债权处于

〔1〕 详细论述,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 2

2

1~2

2

3页。

〔2〕 监管权,

如某《合同书》第 7条规定,

鉴于乙方于接受 A地块并进行实质性开发活动后尚未付清全部转让款,双方一致

同意甲方对于乙方的开发经营活动有权根据本条款规定进行监管。甲方享有如下监管权利: (

1)乙方在开发过程中需

要使用印章的,

须经甲方同意,

所签署的合同须经甲方保管,

于乙方付清转让款时再一并交付给乙方。(2)乙方以 A

地块所有权人的名义所签署的认购书及商品房买卖合同格式须得到甲方的确认, 销售底价应报经甲方认可。(3)乙

方于取得商品房销售许可证之后仅能销售 5

0%建筑面积,如乙方拟销售更多的面积,则应在甲方同意并监督下才

可进行。甲方所享有的这些监管权,

不属于合同债权以及形成权、

抗辩权,应为另一类型的权利。在此需要注意的

是,

有些监管权对于一方当事人极为不利,

有时构成显失公平、

经济胁迫,

有时可能构成合同无效的原因。



重要的地位,

此处主要讨论它。

所谓合同债权,

是指债权人根据法律或合同的规定向债务人请求给付并予以保有的权利。

对此,

宜从以下角度进行把握:

1.

合同债权是请求权,

但合同债权和请求权并非同一概念,因为从请求权方面看,除合同

债权的请求权以外,

尚有不当得利返还请求权、

无因管理的请求权、

侵权损害赔偿请求权、

物权

请求权、

人格权的请求权等;

从合同债权本身观察,合同债权除具有请求权以外,尚有选择、处

分、

解除等权能。

〔3〕

2.

合同债权是给付受领权,

就是有效地受领债务人的给付,

将该给付归属于债权人。

3.

合同债权是相对权,

债权人仅得向债务人请求给付,无权向一般不特定的人请求给付, 因此,

合同债权为相对权。但相对性原则在现代合同法上有所突破,

如在由第三人履行的合同

中,

债权人有权请求第三人为给付;

租赁权已物权化,

具有对抗效力;

期房债权因预告登记而有

否定其后就该房屋所产生的抵押权、

所有权的效力。

4.

合同债权具有平等性。合同债权仅有相对性,没有排他性,因此,对同一客体可成立

多个合同债权,并且不论发生先后,均以同等地位并存。债权的平等性可以通过法律规定的

或认可的程序和途径加以改变。例如,按照《合同法》的规定,职工的工资债权、承包人的工

程款债 权 具 有 优 先 性 (第 2

8

6条),租 赁 权 因 法 律 将 其 物 权 化 而 具 有 优 先 性 (第 2

2

9条 )

等。〔4〕

5.

合同债权具有请求力、

执行力、

依法自力实现、

处分权能和保持力。所谓债权的请求力,

宜作宽泛的理解,

包括债权人向法院诉请债务人履行债务,以及直接向债务人请求其履行的效

力。所谓执行力,

又称强制执行力,

是指债权人在依其给付之诉取得确定判决之后,得请求法

院对债务人为强制执行的效力。所谓依法自力实现,

是指在债权受到侵害或妨碍,

情事急迫而

又不能及时请求国家机关予以救济的情况下,债权人自行救助,拘束债务人,扣押其财产的效

力。所谓处分权能,

指抵销、

免除、

债权让与和设定债权质权等决定债权命运的效力。所谓保

持力,

是指在债务人自动或受法律的强制而提出给付时,

债权人得保有该给付的效力。

〔5〕

6.

合同债权效力的排除。具备上述效力的合同债权为完全债权,最利于债权的实现和达

到债权人的合同目的。不过,

在有的情况下,合同债权会欠缺某项效力。例如,债权因罹于诉

讼时效而使其请求力减损,

某画家不履行其为乙画像的义务时难被强制执行,某公司被宣告破

产时无处分破产财产之权,

法释[2

0

1

5]1

8号第 3

1条规定的自然债务 /

自然债权。欠缺某项效

力的债权叫做不完全债权。

〔6〕 但是债权必须具有保持力,否则,便不再是债权。

法律对完全债权和不完全债权的保护力度、

配置的制度不尽相同。例如,

不安抗辩权制度

用于保护未届清偿期的债权,

而不得适用于已届清偿期的债权;不法侵害条件未成就的附停止

〔3〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

7页。

〔4〕 详细论述,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 2

2

5~2

2

8页。

〔5〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国债法总论》,

杜景林、

卢谌译,

法律出版社 2

0

0

4年版,第 1

7~1

9页;王泽鉴:《民法债

编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,第 3

9~4

0页。详细论述,参见崔建远:《合同法

总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 2

2

8~2

3

1页。

〔6〕 F

i

k

e

n

t

s

c

h

e

r

,Sc

h

u

l

d

r

e

c

h

t

,S.

4

7;

[德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国债法总论》,

杜景林、

卢谌译,法律出版社 2

0

0

4年版,

第 1

9页;

王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版，

第 4

0~4

1页。

2



条件的债权，

被课以信赖利益的损害赔偿，

〔7〕

但不履行已届清偿期的债务时则可产生期待利益

的损害赔偿，

不履行已罹诉讼时效的债务时却不产生法律责任。总而言之，

不完全债权不利于

债权的实现，

甚至会使债权人的目的落空。

二、

合同义务

(一)主给付义务与从给付义务

合同义务包括给付义务和附随义务。给付义务又分为主给付义务和从给付义务。

所谓主给付义务，

简称为主义务，

是指合同关系所固有、

必备，

并用以决定合同类型的基本

义务。例如,

在买卖合同中,

出卖人负交付买卖物及移转其所有权的义务,买受人负支付价款

的义务,

均属主给付义务。就双务合同而言,

此类主给付义务,

构成对待给付义务,

在相对人未

为对待给付前,

得拒绝履行自己的给付;

因不可归责于双方当事人的原因致一部或全部不能履

行时,

当事人一方减为或免为对待给付义务。发生不能履行、

逾期履行、

不完全履行时,

如不具

有免责事由,

债务人便应承担违约责任。

〔8〕须注意,虽然主给付义务大多由主要条款规定,但

主要条款并非一定产生主给付义务。例如,

在一份房屋租赁合同中,

承租人出于行业的特殊需

要,

特意在合同中约定“出租人必须对租赁物享有所有权”,“在合同订立后 3

0日内,出租人不

能向承租人出示该租赁物的所有权证,视为出租人违约”。该约定形成的条款属于主要条款, 可是它产生的义务却不能决定合同的类型,即根据它尚难断定究竟是买卖合同,还是租赁合

同,

抑或赠与合同等,

因而该项义务不属于主给付义务。

所谓从给付义务,

简称为从义务,是不具有独立性,仅具有补助主给付义务功能的义务。

其存在的目的,

不在于决定合同的类型,

而在于确保债权人的利益能够获得最大的满足。

从给付义务发生的原因如下:

(1)基于法律的明文规定。如《合同法》第 1

3

6条规定:

“出卖

人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。

”(2)基

于当事人的约定。如甲企业兼并乙企业,

约定乙企业应提供全部客户关系名单。(3)基于诚实

信用原则及补充的合同解释。如汽车的出卖人应交付必要的文件,名马的出卖人应交付血统

证明书。

应予指出的是,

房屋出卖人未办理房屋所有权过户登记手续而不交付房屋所有权证, 系不

履行主给付义务,

而非不履行从给付义务;

但若已经办理完毕过户登记手续而未交付房屋所有

权证,

则为不履行从给付义务。

一般认为,

违反主给付义务,

可发生解除权;

而违反从给付义务场合,

守约方原则上不得解

除合同。但是,

存在例外的情况,

即违反从给付义务给相对人造成重大损失或不能实现合同目

的时,

相对人可解除合同。再者,

主给付义务直接与合同目的相关,

决定着期待利益的质与量,

而从给付义务不决定合同的目的,也不决定期待利益的质,只是有助于实现期待利益的最大

化。认清这一点,

对于违反从给付义务场合确定解除权是否产生、确定违约赔偿损失的数额, 具有积极的意义。

通常,

一方不履行从给付义务,

相对人不得援用同时履行抗辩权或先履行抗辩权,拒绝履

〔7〕 不过,

法释[2

0

1

0]9号第 6条第 2款规定了履行利益的损害赔偿。

〔8〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 2

6~2

7页。



行主给付义务,

但亦有例外。在日本,

在租赁合同中,

出租人不履行修缮义务,

致使承租人不能

享受租赁物使用、

收益的,

承租人可以行使同时履行抗辩权，
拒付租金；[9]
但在未达到不能使用
收益或未产生重大障碍的情况下，
不得拒付全部租金，[10]
只能拒付与不能使用收益部分比例相
当的租金。[11]

(二)原给付义务与次给付义务

给付义务，
包括主给付义务和从给付义务，
可分为原给付义务和次给付义务。
原给付义务，
又称第一次给付义务，
是指合同上原有的义务。如名马的出卖人交付该马并
移转其所有权(主给付义务)，

交付该马的血统证明书(从给付义务),

均为原给付义务。

次给付义务,

又称第二次给付义务,是指原给付义务在履行过程中,因特殊事由演生的义

务。它主要包括以下两类:

(1)因原给付义务不能履行、逾期履行或不完全履行而产生的支付

违约金、

损害赔偿的义务。(2)合同解除时产生的回复原状的义务。上述次给付义务系源于合

同关系,

合同关系的内容虽因之而改变或扩张,

但其同一性仍保持不变。

〔

1

2

〕

区分原给付义务和次给付义务具有如下价值:(1)原给付义务受制于履行期限、债的存续

期限,

而与诉讼时效制度不直接发生联系。不过,

保险合同中保险人向被保险人或受益人理赔

的责任若作为原给付义务,

则适用诉讼时效制度。再就是保证场合,

按照《担保法》等现行法的

规定,

保证人没有违约,

保证债务有时也适用诉讼时效制度。次给付义务恰恰受诉讼时效制度

的管辖。上述第一类次给付义务产生的次日,

为诉讼时效期间的起算点,

第二类次给付义务成

立之时,

诉讼时效并不立即适用,

只有它被违反时(次日),

诉讼时效期间才开始起算。(2)原给

付义务属于中性状态,

不含有道德和法律谴责与否定的因素,因而不存在支付违约金、损害赔

偿等责任;

而第一类次给付义务则大多含有这种因素。

(三)附随义务

合同关系在其发展的过程中,

不仅发生给付义务,还会发生其他义务。例如,出租车主应

为其所雇司机投保人身险(照顾义务),

出卖人在买卖物交付前应妥善保管该物(保管义务),

技

术受让方应提供安装设备所必要的物质条件(协助义务),工程技术人员不得泄露公司开发新

产品的秘密(保密义务),

医生手术时不得把纱布遗留病人体内(保护义务)等。此类义务称作

附随义务,

其发生是以诚实信用原则为依据,

并随着合同关系的发展逐渐产生的。有关房地产

转让、

股权转让等合同中常有“甲方的陈述与保证”、

“乙方的陈述与保证”的条款,所规定的义

务大多为附随义务。

在现行法上,

附随义务不仅基于诚实信用原则而发生,

而且有些是根据法律的直接规定而

产生的。《合同法》第 6

0条第 2款概括地确认了附随义务的地位并列举了重要的类型,第 6

8

〔9〕《大判》

1

9

1

5年 1

2月 1

1日“民录”2

0

5

8页(因洪水而水车不能使用,判定其后可以拒付租金),《大判》1

9

2

1年 9月

2

6日“民录”1

6

2

7页“判民”1

3

5我妻案件(租屋因遭水灾重创而不能使用,判定可以拒绝预付租金)。转引自[日]

星野英一:

《日本民法概论IV·契约》,姚荣涛译,刘玉中校订,五南图书出版有限公司1

9

9

8年版,

第 4

0页。

〔

1

0

〕《最判》

1

9

6

3年 1

1月 2

8日“民集”1

4

7

7页;

《最判》1

9

6

8年 1

1月 2

1日“民集”2

7

4

1页“判民”1

2

4加藤雅信案件,

《法

协》8

7卷 4号(认可解除)。转引自[日]星野英一:

《日本民法概论IV·契约》,五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 4

0页。

〔

1

1

〕《大判》

1

9

1

6年 5月 2

2日“民录”1

0

1

4页(池沼承租人请求七折支付租金,

遭拒绝而并被解除合同的案件)。转引自

[日]星野英一:

《日本民法概论Ⅳ·契约》,姚荣涛译,刘玉中校订,五南图书出版有限公司1998年版,第 40页。

〔

1

2

〕王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 2

8~2

9页。



条规定了主张不安抗辩权的当事人举证对方当事人已经丧失了或可能丧失履行债务能力的证

明义务,

第 6

9条规定了行使不安抗辩权的通知义务,

等等。

附随义务非基于当事人的约定而生的本质属性,在实务中有所反映。例如,某《中外合资

经营企业合同》第 8

6条约定:

“本合同不生效并不影响本合同对保密义务、法律适用以及争议

解决条款的效力。

”其中的保密义务属于附随义务,

但不是基于合同产生的。

附随义务和主给付义务的区别如下:(1)主给付义务自始确定,并决定合同的类型。附随

义务则是随着合同关系的发展而不断形成的,

它在任何合同关系中均可产生,不受特定合同类

型的限制。(2)主给付义务直接与合同目的相关,决定着期待利益的质与量,而附随义务不决

定合同的目的,

也不决定期待利益的质,只是有助于实现期待利益的最大化。认清这一点,对

于违反附随义务时确定解除权是否产生、确定违约赔偿损失的数额,具有积极的意义。(3)主

给付义务构成双务合同的对待给付,

一方在相对人未为对待给付前,

得拒绝自己的给付。附随

义务原则上不属于对待给付,不能发生同时履行抗辩权或先履行抗辩权。(4)不履行给付义

务,

债权人得解除合同。反之,

不履行附随义务,

债权人原则上不得解除合同,

但在有违约金的

约定场合,

可请求债务人支付违约金;或就其所受损害,依不完全履行的规定请求支付违约金

或损害赔偿。应当注意的是,

不履行附随义务,

在严重影响对方当事人的合同利益等情况下也

会产生解除权。例如,

《保险法》规定,

投保人故意隐瞒事实,

不履行如实告知义务,

或因重大过

失未履行如实告知义务的,

足以影响保险人决定是否同意承保或提高保险费率的,保险人有权

解除保险合同(第 1

6条第 2款)。

当然,

有些合同上的义务,

究竟属于给付义务抑或是附随义务,

尚有争论。例如,在买卖合

同中受领买卖物的义务,

是属于给付义务还是附随义务,

便有不同意见。

〔

1

3

〕

附随义务与从给付义务的区别,

也存在争论。德国通说认为,

应以可否独立以诉请求履行

为判断标准加以区分。可独立以诉的形式请求的义务为从给付义务,有人称为独立的附随义

务。不得独立以诉请求的义务为附随义务,

有人称为不独立的附随义务。在有些案件中,还可

以基于该义务是否因约定而产生的事实,判断出该义务是属于附随义务还是从给付义务。例

如,

甲出售 A车给乙,

交付该车并移转其所有权,为甲的主给付义务;提供必要文件(如驾驶证或保险单)为从给付义务;

告知该车的特殊危险性,

则为附随义务。

〔

1

4

〕

应当注意的是,

还有学说从价值取向的角度区分从给付义务和附随义务,

认为从给付义务

在于促使履行利益得到基本满足,

为了实现债权利益的最大化;附随义务则是为了确保合同双

方当事人的固有利益不受损害,

强调不会使当事人因为合同的履行而使固有利益受到损害,因

此它更多的是一种保护性义务。当然,

在合同的履行过程中,

可能会有从给付义务和附随义务

交叉的情况,

这时我们应当从义务的目的角度进行观察,如果这个义务是为了辅助主给付义务

的,

应当认定是从给付义务;

如果该义务是为了保护当事人的固有利益不受损害的,则应认定

为附随义务。

〔
1
5
〕
以附随义务的功能为标准,
可将附随义务分为两类:
(1)促进实现主给付义务,
使债权人的
〔
1
3
〕 王泽鉴:
《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),
三民书局 1
9
9
3年版,
第 3
0页。
〔
1
4
〕 王泽鉴:
《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 3

1页。

〔

1

5

〕贾若山:

“论合同法上的附随义务”,

清华大学法学院 2

0

0

5年法律硕士专业学位论文,

第 2

6页。



给付利益获得最大可能的满足(辅助功能)。例如,

花瓶的出卖人妥善包装该瓶,

使买受人安全

携带,

该义务属之。(2)维护对方的人身或财产的利益(保护功能)。例如,独资企业主应注意

其所提供工具的安全性,

避免工人受伤害。应当注意的是,有的附随义务兼具上述两种功能。

例如,

锅炉的出卖人应告知买受人使用锅炉的注意事项,一方面使买受人的给付利益获得满

足,

另一方面也维护买受人的人身或财产上的利益不因锅炉爆炸而遭受损害。

〔

1

6

〕

(四)不真正义务

除上述给付义务及附随义务以外,

合同关系上还有不真正义务,

或称间接义务。其主要特

征在于权利人通常不得请求履行,

违反它也不产生损害赔偿责任,仅使负担该义务的一方遭受

权利减损或丧失的不利益。

〔

1

7

〕《民法通则》第 1

1

4条规定:“当事人一方因另一方违反合同受

到损失的,

应当及时采取措施防止损失的扩大;没有及时采取措施致使损失扩大的,无权就扩

大的损失要求赔偿。

”其中,

守约方采取措施防止损失扩大的义务,

就是不真正义务。他在法律

上虽未负有不损害自己权益的义务,但因自己的过失造成损失扩大,则按公平原则的要求,应

依其程度承受减免赔偿额的不利益。

(五)先合同义务与后合同义务

就整个合同法而言,

存在先合同义务和后合同义务。先合同义务,

是指当事人为缔约而接

触时,

基于诚实信用原则而发生的各种说明、

告知、注意及保护等义务。

〔

1

8

〕违反它即构成缔约

过失责任。《合同法》第 6

0条第 2款关于“当事人应当遵循诚实信用原则,

根据合同的性质、

目

的和交易习惯履行通知、

协助、

保密等义务”的规定,不但应当解释为肯定了附随义务,同时也

可解释为承认了先合同义务。

〔

1

9

〕《合同法》第 4

2条规定在恶意缔约、欺诈缔约及其他违背诚

实信用原则的场合,

恶意的行为人应负赔偿责任,从构成此类责任的原因角度考察,此条承认

了先合同义务。《合同法》第 4

3条关于在缔约过程中泄露或不当使用商业秘密时应负赔偿责

任的规定,

同样是对先合同义务的确认。

合同关系消灭后,当事人依诚实信用原则应负有某种作为或不作为义务,以维护给付效

果,

或协助对方处理合同终了的善后事务,

学说上将其称为后合同义务。

〔

2

0

〕《合同法》第 9

2条

规定了这种义务。违反后合同义务,与违反一般合同义务相同,均产生债务不履行的责任,应

赔偿相对人的实际损失(法释[2

0

0

9]5号第 2

2条)。

(六)合同关系上的义务群的地位

上述义务群,

是合同法乃至债法的核心问题。处理合同问题,

首先需考虑的是债务人负何

种义务,

可否请求履行,

违反义务时的法律效果如何。现行合同法以主给付义务为规范对象, 基于诚实信用原则,

由近而远,

逐渐发生从给付义务,以及其他辅助实现给付利益及维护对方

人身和财产上利益为目的的附随义务,

组成了一个义务体系。现代合同法的发展,

在一定意义

〔

1

6

〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 3

1页。

〔

1

7

〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 3

4~3

5页。

〔

1

8

〕 Es

s

e

rSc

h

t

mi

d

t

,Sc

h

u

l

d

r

e

c

h

t

,

Bd

.

I

,

S.

9

1f

.

,

4

3

5.转 引 自 王 泽 鉴:《民 法 债 编 总 论 · 基 本 理 论 · 债 之 发 生》(总
第 1

册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 3

3页。

〔

1

9

〕 详细分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

0

8年版,

第 2

0

5~2

0

6页。

〔

2

0

〕Es

s

e

r-Sc

h

t

mi

d

t

,Sc

h

u

l

d

r

e

c

h

t

,

Bd.

I

,

S.

9

1f

.

,

4

3

5.转引自王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1

册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 3

3~3

4页。

6

5　合同法(第六版)

上可以说是合同关系上义务群的发展。

〔

2

1

〕

三、

合同关系的有机体性

合同权利、

合同义务以及选择权、解除权和追认权等,并非独立存在,毫不相关,而是为满
足债权人的给付利益,

尤其是双务合同上的交换目的而相互结合的,组成了一个超越各个要素

而存在的整体。

〔

2

2

〕 Si

b

e

r教授将其称为有机体。

〔

2

3

〕

合同关系在其发展过程中可以产生各种义务。个别的给付义务可因清偿而消灭,形成权

可因其行使或不行使而失去效能,

合同标的可因当事人的约定或法律规定而变更,合同主体也

可因法律行为或法律规定而更易,

合同关系可因概括转让而移转。无论哪一种情况,

虽然合同

关系的要素发生变更,

但合同关系仍继续存在,

不失其同一性。

〔

2

4

〕准确地说,是合同未发生更

改时,

合同关系不失其同一性。

所谓合同关系不失其同一性,

是指合同效力依旧不变,

不仅其原有利益(如时效利益)及瑕

疵(如各种抗辩)均不受移转的影响,

而且其从属的权利(如担保)原则上仍继续存在。

〔

2

5

〕

四、

合同关系的手段性和目的性

合同关系及其债权在满足债权人的利益方面,其地位和作用随着社会的发展有一个变化

的过程。在中世纪和近代,

劳动秩序建立在物法基础上,

物权是目的,

债权开始不过是手段。

〔

2

6

〕

人类在仅依物权 形 成 财 产 关 系、仅 以 物 权 作 为 财 产 客 体 时 代,可 以 说 只 能 生 活 在 过 去 和 现

在。

〔

2

7

〕 不过,市场经济制度下,债权及其利息的享有是所有经济的目的,债权不复是旨在取得

物权或者利用物的手段,

它本身就是法律生活的目的。

〔

2

8

〕 债权制度可以使将来的给付预约变

为现在的给付对价价值。信用即债的发生,

使“过去可为将来服务，

将来可为过去服务，

时间障

碍被打破，

人类可以自由地征服时间与空间”。

〔

2

9

〕

〔

2

1

〕 Es

s

e

rSc

h

t

mi

d

t

,Sc

h

u

l

d

r

e

c

h

t

,

Bd

.

I

,

S.

9

1f

.

,

4

3

5.转 引 自 王 泽 鉴:《民 法 债 编 总 论 · 基 本 理 论 · 债 之 发 生》(总 第 1

册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 3

6页。

〔

2

2

〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 5

1页。

〔

2

3

〕 S

i

b

e

r

,Sc

h

u

l

d

r

e

c

h

t

,

1

9

3

1,S.

1.转引自王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),三民书局 1

9

9

3

年版,

第 5

2页。

〔

2

4

〕王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 5

1~5

2页。

〔

2

5

〕郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

3

1页。

〔

2

6

〕[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:

《法学导论》,

米健、

朱林译,

中国大百科全书出版社 1

9

9

7年版,

第 6

4页。

〔

2

7

〕[日]我妻荣:

《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,谢怀縂校,中国大百科全书出版社 1

9

9

9年版,第 6

页。

〔

2

8

〕[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:

《法学导论》,

米健、

朱林译,

中国大百科全书出版社 1

9

9

7年版,

第 6

4页。

〔

2

9

〕J

o

s

e

fKo

h

l

e

r

,En

z

y

k

l

o

p

a

d

i

ed

e

rRe

c

h

t

s

wi

s

s

e

n

s

c

h

a

f

t

,7Au

f

l

.Bd

.I

.1

9

1

5,S.

3

8.

转引自[日]我妻荣:《债权在近代法

中的优越地位》,

王书江、

张雷译,

谢怀総校,

中国大百科全书出版社 1

9

9

9年版,

第 6页。

第三节　合同的形式

一、

合同的形式概述

合同的形式,

又称合同的方式,

是当事人合意的表现形式,

是合同内容的外部表现,

是合同

内容的载体。《合同法》第 1

0条规定,

当事人订立合同,

有书面形式、

口头形式和其他形式。法

律、

行政法规规定采用书面形式的,

应当采用书面形式。

总的说来,

合同形式分为约定形式与法定形式,

法律兼采要式与不要式的原则。在社会主

义市场经济中,

应当按照符合交易安全与交易便捷的要求设计合同的形式,对某些重要的合

同、

关系复杂的合同应强调采用书面形式,

其他合同采取何种形式,

宜由当事人决定。

二、

口头形式

口头形式,

是指当事人只用语言为意思表示订立合同,

而不用文字表达协议内容的合同形

式。它简便易行,

在日常生活中经常被采用。集市上的现货交易、

商店里的零售等一般都采用

口头形式。

合同采取口头形式,

无须当事人特别指明。凡当事人无约定、

法律未规定须采用特定形式

的合同,

均可采用口头形式。但在发生争议时,

当事人必须举证证明合同的存在及合同关系的

内容。由于举证困难,

所以不能即时清结的合同和标的数额较大的合同,

不宜采用这种形式。

合同采取口头形式并不意味着不能产生任何文字的凭证。人们到商店购物,有时也会要

求商店开具发票或其他购物凭证,

但这类文字材料只能视为合同成立的证明,不能作为合同成

立的要件。

三、

书面形式

书面形式,

是指以文字或数据电文(包括电报、

电传、

传真、

电子数据交换和电子邮件)等表

现当事人所订合同的形式(《合同法》第 1

1条)。合同书以及任何记载当事人的要约、

承诺和权

利义务内容的文件,

都是合同的书面形式的具体表现。

合同书,

是指载有合同内容的文书。合同书必须由文字凭据组成,

但并非一切文字凭据都

是合同书的组成部分。成为合同书的文字凭据须符合以下要求:

有某种文字凭据,

当事人或其

代理人在文字凭据上签字或盖章,

文字凭据上载有合同权利义务。

合同的书面形式也可以表现为信件,如不可撤销的保函、见索即付的保函、单方允诺的函

件等。

合同的书面形式还可以表现为数据电文,原来常见的有电报、电传和传真;现在新兴而且

在将来必会有重大发展前途的有电子数据交换和电子邮件。电子数据交换(El e

c

t

r

o

n

i

cDa

t

aI

n

-

t

e

r

c

h

a

n

g

e

,

EDI

),

是指将商业或行政事务处理按照一个商定的标准,形成结构化的事务处理或

信息数据格式,
从计算机到计算机的电子传输方法。〔30〕或者说,是指电子计算机之间信息的电
子传输,
而且使用某种商定的标准来处理信息结构。〔31〕电子邮件(E-mail),是通过电子计算
机系统以及国际互联网络实现的信息传递方式。对此,
《电子签名法》设有较为详细的规定(第4、5、6条)。
合同须有特定性,
以纸质为载体的书面合同场合,

其特定性通过当事人双方的签名或盖章

来体现。其签名,

通常是指签署者在文件上手书签字。手书签名或盖公章有三种功能: 一是表

明合同各方的身份;

二是表明接受合法约束的意愿;三是可在发生纠纷时作为证据,保证交易

的安全。没有当事人签字、

盖章的文本,不得称为书面形式的合同。当事人若为自然人,签字

或盖其名章均可。当事人若为法人,

法定代表人签字即可,

即使没有盖章,

也受法律保护;其他

人签字的,

要么在合同文本上盖章,

要么签字人向相对人出示法定代表人的授权委托书,

否则,

原则上法律不予保护。法人之章,要么是公章,要么是合同专用章。合同文本上,若无法定代

表人的签名,

仅仅盖有法人的分支机构(如“某某公司海外工程部”或“某某公司某项目经理

部”)的方章,

合同不生效力。当然,

当事人在合同书上捺手印的,人民法院应当认定其具有与

签字或盖章同等的法律效力(法释[2

0

0

9]5号第 5条)。

但是,

电子合同未必具有传统概念下的书面正式文本,

传统的签名方式也很难应用于电子

交易方式,

此时所谓的签字盖章也就有了新的概念和方式,

这就是电子签名。

〔

3

2

〕

对于电子签名所要求的条件,

以及电子签名的法律效力,《电子签名法》规定,电子签名同

时符合下列条件的,

视为可靠的电子签名:

(1)电子签名制作数据用于签名时,

属于电子签名人

专有;

(2)签署时电子签名制作数据仅由电子签名人控制;

(3)签署后对电子签名的任何改动能

够被发现;

(4)签署后对数据电文内容和形式的任何改动能够被发现。当事人也可以选择使用

符合其约定的可靠条件的电子签名(第 1

3条)。可靠的电子签名与手写签名或盖章具有同等

的法律效力(第 1

4条)。电子签名需要第三方认证的,

由依法设立的电子认证服务提供者提供

认证服务(第 1

6条)。

关于公证、

鉴证、

登记、

审批是属于合同的书面形式的范畴,还是合同的生效要件,现行法

的态度不一:

有时规定其为成立要件,视为合同的书面形式;有时认为系生效要件。从法理上

讲,

后者更为可取,

因为合同是当事人各方的合意,

公证、

鉴证、

登记、

审批皆为当事人各方合意

以外的因素,

即不属于成立要件的范畴,

而属于效力评价的领域,

尤其是登记、

审批宜定为不动

产物权的变动要件。从《合同法》第 4

4条第 2款关于“法律、

行政法规规定应当办理批准、

登记

等手续生效的,

依照其规定”的表述和第 1

1条未把公证、

鉴证、登记、审批列入合同的书面形式

范畴可以看出,

这一结论是有法律根据的。

采用书面形式的最大优点是合同有据可查,发生纠纷时容易举证,便于分清责任。因此, 对于关系复杂的合同、

重要的合同,最好采取书面形式。有此规定或约定,但当事人未采用书

面形式但一方已经履行了主要义务,对方接受的,该合同成立(第 3

6条)。采用合同书形式订

立合同,

在签字或盖章之前,

当事人一方已经履行了主要义务,对方接受的,该合同成立(第 3

7

〔

3

0

〕联合国国际标准化组织(UNI

SO)对 EDI所作定义。

〔

3

1

〕联合国国际贸易法委员会(UNCI

TRAL)《电子商务示范法》第 2条(b)项。

〔

3

2

〕肖保国:

“我国电子合同若干法律问题浅谈”,

中国论文下载中心,

2

0

0

7年 2月 2

0日。



条)。法律认可的其他口头合同也有效。

四、

推定形式

当事人未用语言、

文字表达其意思表示,仅用行为甚至沉默向对方发出要约,对方接受该

要约,

并做出一定的或指定的行为作为承诺的,

合同成立。例如,

某商店安装自动售货机,顾客

将规定的货币投入机器内,

买卖合同即成立。

推定形式具有广泛的应用领域。当事人未以书面形式或口头形式订立合同,但从双方从

事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的,

人民法院可以认定是以《合同法》第 1

0条第 1

款中的“其他形式”订立的合同。但法律另有规定的除外(法释[2

0

0

9]5号第 2条)。有观点认

为,

事实缔约就属于此处所谓的以“其他形式”订立的合同。

## 第五章　合同的效力

### 第一节　合同的效力概述

一、

合同效力的概念

合同的效力,

又称合同的法律效力,

是指法律赋予依法成立的合同具有拘束当事人各方乃

至第三人的强制力。

〔1〕对此,应从以下方面把握:

1.

合同的效力,

从根源上讲,

是合同法等法律赋予合同的,

由国家的强制力保障的,在债务

人违约时,

法律得依守约方的请求强制违约方实际履行或承担其他不利后果。由此可见, 合同

的效力不同于友谊的纽带、

名誉的力量和道德的约束。

2.

合同的效力,

从所反映的意志来看,是法律评价当事人各方合意的表现,是国家意志的

反映;

同时也是当事人各方为满足其需要“寻找”法律的依据和支持,

使自己的意思符合已上升

为法律的国家意志的结果。在这种当事人各方的合意与国家意志有机统一的状态中,最大限

度地体现着当事人的要求。

3.

合同的效力,

作为法律评价当事人各方合意的表现,是复杂多样的:法律对当事人各方

的合意予以肯定的评价时,

发生当事人预期的法律效果,当事人各方承受合同条款固定的权利

义务;

法律对当事人各方的合意予以彻底否定的评价时,发生合同无效的后果,当事人各方承

受法定的权利义务;

法律对当事人各方的合意予以相对否定的评价时,发生合同得撤销或效力

待定的效果,

法律把决定权有条件地交给有权人或其代理人,由其审时度势地决定是否撤销合

同或是否追认合同。人们通常在第一种意义上使用合同的效力概念。

4.

这种意义上的合同效力,

即法律赋予依法成立的合同具有拘束当事人各方乃至第三人

的强制力,

分为合同对当事人各方的拘束力与合同对第三人的拘束力。

合同对当事人各方的拘束力包括:

(1)当事人负有适当履行合同的义务;

(2)违约方依法承

担违约责任;

(3)当事人不得擅自变更、

解除合同,

不得擅自转让合同权利义务;

(4)当事人享有

请求给付的权利、

保有给付的权利、自力实现债权的权利、处分债权的权利、同时履行抗辩权、

不安抗辩权、

保全债权的代位权和撤销权、

担保权等;

(5)法律规定的附随义务成为合同效力的

内容。

合同对第三人的效力,

在一般情况下,

表现为任何第三人不得侵害合同债权;

在合同债权人行

〔1〕 关于合同效力的概念辨析,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,第 2

5

3~

2

5

7页。关于合同效力制度在中国的演变,

见该书第 2

7

1页以下。



使撤销权或代位权时对第三人的效力;

在涉他合同中包括向第三人履行或由第三人履行的效力。

二、

合同有效与合同生效

合同具有拘束当事人各方的效力,其领域、范围有所区别,于是存在合同有效与合同生效

的细微差异。虽然在绝大多数情况下,

合同有效了,

就是合同生效了,

但在某些场合,

合同有效

并不意味着合同生效。其道理在于,合同有效,是指合同符合《民法通则》第 5

5条规定的有效

要件时的状态,

至于是否具备了履行的条件,

则不太考虑。而合同生效是指合同不但具备了有

效要件,

而且具备了履行的条件。举例来说,某买卖合同约定本合同自双方签字盖章时生效, 双方确实在该合同文本上签字盖章了,于是该合同既是有效的,也是生效的。与此有别,某涉

外股权转让合同已经双方当事人签字盖章了,但尚未经行政主管机关批准,则该合同是有效

的,

但却是尚未生效的。

三、

合同效力与合同未生效

合同未生效,

是指已经成立的合同尚未具备生效的要件,

法律至少暂时不能完全或完全不能

按照当事人的合意赋予其法律拘束力,

即至少暂时不能发生履行的效果。显然,

合同未生效以存

在着已经成立的合同为前提,

在合同尚未成立时,

谈合同生效与否未免有点为时过早,

在这种情况

下不如径直称合同未成立。从另一方面来说,

合同未生效只是已经成立的合同的一种状态。

合同有效,是合同已经具备了《民法通则》第 5

5条规定的有效要件,因而有别于尚不具备

有效要件的合同;

其可能是生效的,

如普通的买卖合同,

有效的同时也是生效的;

也可能是未生

效的,

如中外合作勘探石油的合同尚未经行政主管机关的批准。

合同未生效不是终局的状态,

而是中间的、过渡的形式,会继续发展变化。演变的结果可

能有:

(1)未生效的合同具备有效要件,但不具备生效要件。此类合同已经具有当事人必须遵

守的拘束力,

只是尚无履行的效力。附停止条件的合同在条件尚未成就场合,

附始期的合同在

始期尚未届至场合,

均属此类。(2)未生效的合同在某个阶段具备了生效要件,转化为合同生

效,

发生了当事人所期望的法律效果,

进入履行的过程。(3)当事人通过其行为或言词,

已经变

更了原合同的生效条件,

变更后的合同已经生效了。例如,

当事人在合同中约定了始期或停止

条件,

在始期尚未届至、

停止条件尚未成就的情况下,

双方当事人都已经履行了主要义务,

或一

方当事人履行了主要义务,对方认可,则宜认定该合同已经变更,去除了始期或停止 条 件。

(4)已经成立但尚未生效的合同因约定的解除条件成就或终期届满而彻底地失去效力。(5)未

生效的合同在某个阶段出现并存在了无效的原因,

从而成为确定无效的合同。(6)未生效的合

同一直没有具备生效要件,

也没有出现无效的原因。例如,合同虽然尚未满足《中外合资经营

企业法实施条例》(2

0

0

1年)第 2

0条第 1款规定的条件,

但并非审批机构不予批准,

只是尚待时

日,

在这种情况下即属于尚未生效的合同。

第二种和第三种情形由履行和违约责任制度解决,第四种情形适用《合同法》关于合同的

权利义务终止的规定。第五种情形由无效和缔约过失责任甚至罚没制度管辖,第一种情形可

能发展到第二种情形,

也可能演变为第三种、

第四种情形。

第六种情形的后果最为复杂:

如果当事人各方都不积极促成合同生效,也不撕毁合同,那

么,

合同既不生效履行,

当事人也不负缔约过失责任,更无违约责任的产生。如果当事人任何



一方明确告知对方不再遵守合同,或以自己的行为表明,即使合同届时具备生效要件,也不履

行合同,

那么,

在对方当事人没有依法促成合同生效的情况下,

缔约过失责任成立(法释[2

0

0

9]

5号第 8条),

有过错的一方应向对方赔偿信赖利益的损失。

四、

合同有效、

合同生效与合同订立、

合同成立

尽管合同的订立需要在法律的规范下进行,但这里的法律规范是最大限度地尊重当事人

意思的规范,

因而,

合同的订立仍是当事人意思自治的体现,

是当事人的意志结果,

强制缔约只

是例外,

且仅就合同成立而言,

仍然体现了双方当事人的合意;

而合同的有效、

生效是国家通过

法律评价合同的表现,

是法律认可当事人的意思的结果。成立的合同只有符合法律的要求才

会生效,

与法律的要求相抵触则会被法律否定,或归于无效,或得撤销,或效力未定。可见,合

同订立与合同有效、

合同生效是两个层次的问题,是不同的范畴和制度。合同成立与合同有

效、

合同生效之间的关系也当然如此。

区分合同订立、

合同成立与合同有效、合同生效,明确当事人的意思和国家意志所起的不

同作用以及两者要件的不同,有助于清楚地说明合同成立以后为何会有不发生法律效力、无

效、

可撤销、

效力未定等不同的命运。但对此也不能评价过高。正所谓“法律行为不成立与无

效,

就其效果言,

并无分别”。

〔2〕

五、

合同生效与合同效力中止

合同生效后,

法律拘束力一直持续,直到合同终止。这是常态。合同生效后,法律拘束力

因一定事由的出现而暂停,

也有其表现。例如,《保险法》第 3

6条第 1款规定:“合同约定分期

支付保险费,

投保人支付首期保险费后,除合同另有约定外,投保人自保险人催告之日起超过

三十日未支付当期保险费,

或者超过约定的期限六十日未支付当期保险费的,合同效力中止, 或者由保险人按照合同约定的条件减少保险金额。

”这种所谓的合同效力中止,是指合同处于

这样的状态:

合同既未终止,亦无履行的效力,即使债权人请求债务人履行,债务人也有权抗

辩。《保险法》这样设计有其合理性:

(1)在投保人自保险人催告之日起超过 3

0日未支付当期

保险费,

或者超过约定的期限 6

0日未支付当期保险费的情况下,保险合同若继续具有履行的

效力,

则意味着保险事故发生时保险人有义务理赔。这对保险人过于苛刻。而于此场合保险

合同的效力中止,

则即便发生了保险事故,保险人也无理赔的义务,如此就平衡了当事人各方

之间的利益关系。(2)保险合同的效力中止,而非终止,待投保人补交保险费后,合同效力恢

复,

免去了合同终止后当事人重新协商签订新合同的麻烦,避免了因各执己见而无法重新签订

合同的低效后果的发生。

〔2〕 王伯琦:

《民法总则》,

国立编译馆 1

9

6

3年版,

第 1

2

9、

1

9

8页。转引自王泽鉴:《民法总则》,三民书局 2

0

0

0年版,第

2

7

3页。



第二节　合同的有效要件

一、

概说

法律评价当事人各方的合意,

在合同效力方面,

是规定合同的有效要件作为评价标准。对

符合有效要件的合同,

按当事人的合意赋予法律效果;

对不符合有效要件的合同,

则区分情况,

分别按未生效、

无效、

可撤销或效力未定处理。

合同的有效要件是法律评价当事人合意的标准,

故应不同于合同的成立要件。按《民法通

则》第 5

5条的规定,

合同的有效要件应包括:

行为人具有相应的民事行为能力;意思表示真实;

不违反法律或公序良俗。一些特殊合同可能有一些特殊的有效要件,如对外合作开采石油合

同需要经过国家有关行政主管部门的批准才能生效。下面仅介绍合同的一般有效要件。

二、

行为人具有相应的行为能力

这一要件要求当事人能够了解合同的状况和法律效果,对保护其合法权益和减少纠纷均

具有意义。

自然人签订合同,

原则上须有完全行为能力,

限制行为能力人和无行为能力人不得亲自缔

约,

应由其法定代理人代为签订,

但有如下例外:

(1)可独立签订接受奖励、

赠与、

报酬等纯获利

益或被免除义务的合同;

(2)限制行为能力人可以签订与其年龄、智力和精神健康状况相适应

的合同;

(3)可独立签订日常生活中的格式合同或事实合同,如利用自动售货机、乘坐交通工

具、

进入游园场所等;

(4)签订处分自由财产的合同,如学费、旅费等由法定代理人预定使用目

的的财产的处分;

(5)其他征得法定代理人同意的合同。

应当注意的是,

电子合同的签订通过网络的虚拟市场进行,当事人之间大多互不谋面,有

无相应的行为能力,

不易查考,

且调查的成本高昂,

会消磨掉电子合同的优势。有鉴于此,越来

越多的专家学者主张,

在电子合同中当事人及其法定代理人不得以欠缺相应的行为能力为由

影响合同的效力。

法人分支机构,

在得到法人书面授权后,可以自己的名义签订合同。合伙企业、法人的筹

备组织等其他组织有资格独立签订合同。关于非法人社团,传统理论认为其不得以自己的名

义签订合同,

但现在许多人主张其可独立缔约。

此外,

有些合同还要求缔约人具有特殊的缔约能力。例如,在建设工程合同中,承包人得

具有建筑施工企业的资质,

如果承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级,或者没有

资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义,签订 的 建 设 工 程 施 工 合 同 无 效 (法 释

[2

0

0

4]1

4号第 1条第 1项、

第 2项)。但承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施

工合同,

在建设工程竣工前取得相应资质等级的,当事人请求按照无效合同处理的,人民法院

不予支持(法释[2

0

0

4]1

4号第 5条)。

当然,

从立法论的角度审视,

现行法关于缔约人的资质影响合同效力的规定,

有的需要反思。



三、

意思表示真实

意思表示真实,

是指缔约人的表示行为应真实地反映其内心的效果意思,

即要求其效果意

思与表示行为相一致。它作为合同的有效要件,

是意思自治原则的当然要求。

意思表示不真实,

对合同效力的影响应视具体情况而定。在一般误解等情况下,

合同仍为

有效。在重大误解时,

合同则可被变更或撤销。在乘人之危致使合同显失公平的情况下,合同

可被变更或撤销。在因欺诈、

胁迫而成立合同场合,

若损害国家利益,

合同无效;

若未损害国家

利益,

合同可被变更或撤销。

在电子合同场合,按照《电子签名法》第 8条的规定,审查数据电文作为证据的真实性,应

当考虑以下因素:

(1)生成、

储存或传递数据电文方法的可靠性;(2)保持内容完整性方法的可

靠性;

(3)用以鉴别发件人方法的可靠性;

(4)其他相关因素。

四、

不违反法律或社会公共利益

这里的法律,

一方面应作扩大解释,既包括全国人大及其常委会通过的法律,又包括国务

院颁发的行政法规;

另一方面应作缩小解释,仅指其中的强制性规定,不包括任意性规定。合

同不得违反强制性规定,

是由合同制度的目的所决定的,

是最为一般的原则。

判断某一法律规定是否为强制性规定,

具体规定的字面表达固然不可忽视,

该规定的规范

目的则更为根本。概括地说,

关于基本的社会秩序的规定(如关于不动产物权登记及其效力的

规定)、

关于私法自治前提的规定(如关于法人资格、行为能力、合同效力等的规定)、保护第三

人的信赖和交易安全的规定(如表见代理等规定)、

基于保护经济弱者的利益的规定(如关于保

护消费者权益的规范)等,

都属于强制性规定。广义的强制性规定还包括取缔性规定,即行政

取缔立场的禁止或限制一定行为的规定。

〔3〕

还要指出的是,

违反强制性规定的合同是否无效,

尚需区分效力性的禁止性规定和管理性

的禁止性规定后予以判定。这将在本章第三节“合同的无效”中阐述。

此外,

合同还不得违反社会公共利益。这是由于社会生活广泛,

经济往来繁多,情况复杂,

法律不可能将一切情况都规定无遗,

故以不得违反社会公共利益作为最后一道防线。

需要注意的是,

“社会公共利益”是一个不确定的概念,通常指不特定多数人的利益,凡是

社会生活的政治基础、

公共秩序、道德准则和风俗习惯等,均可列入其中。违反它的合同会严

重背离合同制度的目的,

危害巨大,

因此不能被允许。将不违反社会公共利益作为合同的有效

要件,

一方面可弥补因社会发展所导致的法律调整出现的漏洞和脱节的不足;另一方面,也有

利于醇化社会道德伦理和整肃社会风气。

五、

标的、

形式与有效要件

合同标的须确定和可能,

按照法释[2

0

0

9]5号第 1条的规定及其精神,已经将其划归合同

的成立要件范畴,

此处不再赘述。

关于合同的形式是否为有效要件,存在着争论。一种观点认为,在要式合同场合,法律要

〔3〕 [日]四宫和夫:

《日本民法总则》,

唐晖、

钱孟姗译,

朱柏松校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

5年版,

第 2

0

4、

2

0

5页。



求的形式为有效要件之一,

合同欠缺法定形式则无效。另一种观点主张,

合同欠缺法律要求的

形式时,

只要能够及时补正,

合同仍应有效。《合同法》显然没有采纳第一种观点,在合同形式

问题上持一种较为宽松的态度,

其第 1

0条规定:

“当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其

他形式。法律、

行政法规规定采用书面形式的,

应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式

的,

应当采用书面形式。

”另外第 3

6条规定:“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形

式订立合同,

当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,

对方接受的,

该合同成立。

”

第三节　合同的无效

一、

合同的无效概述

(一)合同无效的概念

合同严重欠缺有效要件,

不许按当事人合意的内容而是依据法律的直接规定赋予法律效

果,

即为合同无效。这是狭义的合同无效。在有些情况下,

法律不许按照当事人合意的内容赋

予法律效果,

只是对于特定的人而言的,对于其他人来说,仍然无权否认合同的法律效力。前

者为绝对无效,

后者是相对无效。它们都属于广义的合同无效。有日本学者认为, 就解释论而

言,

广义的相对无效可指所有绝对无效受到限制的情形。

〔4〕

合同无效与合同不成立不同,

后者是欠缺合同的成立要件,前者是合同已经成立了,但欠

缺有效要件。

(二)合同无效的分类

1.

绝对无效与相对无效

合同无效,

可有绝对无效和相对无效之分。所谓绝对无效,是合同自始、绝对、当然地无

效,

任何人均可主张。

所谓自始无效,

是指合同自成立时即不发生当事人所意欲的效力。这对买卖、

赠与等一时

性合同而言固属合理,

但对雇佣、

合伙等继续性合同将产生复杂的法律状态。为了避免依不当

得利规定处理所为给付返还的问题,以及对第三人法律关系所产生的困难,目前多认为雇佣、

合伙等关系事实上业已开始时,

若主张无效的,

只得向将来发生效力。

〔5〕

所谓当然无效,是指无效的合同无须任何人主张,当然地不按照意思表示的内容发生效

力,

任何人皆得主张其无效,

亦可对任何人主张之。

〔6〕

所谓任何人均可主张,

有必要被区分为合同当事人可以主张、利害关系人可以主张、其他

人可以主张三种类型,

以示所主张的内容和范围以及法律效果的差异。当事人的主张,

不但表

现为消极防御,

即以合同无效来对抗对方当事人主张合同权利,而且表现为积极进攻,即请求

法院或仲裁机构确认合同无效,

使合同权利义务不复存在。利害关系人的主张,

表现为可以行

〔4〕[日]近江幸治:

《民法讲义I·民法总则》,成文堂 1

9

9

5年版,

第 2

7

3~2

7

4页。

〔5〕 王泽鉴:

《民法总则》,

三民书局 2

0

0

0年版,

第 5

1

4、

5

1

8页。

〔6〕 王泽鉴:

《民法总则》,

三民书局 2

0

0

0年版,

第 5

1

4页。

6

使抗辩权,

即以合同无效来对抗合同当事人主张合同权利。其中某些利害关系人,如在配偶一

方擅自转移夫妻共有的不动产权利场合的配偶另一方,

还有权依据《合同法》第 5

2条第 2项的

规定,

主动请求法院或仲裁机构确认合同无效,或援用《合同法》第 5

1条的规定不予追认无权

处分合同,

从而使合同权利义务不复存在。余下的“任何人”,称为一般第三人,只能行使抗辩

权,

即以合同无效来对抗合同当事人主张合同权利。在合同当事人基于合同否认一般第三人

对合同标的物的权利场合,

一般第三人可以合同无效来反驳合同当事人的抗辩,形成“抗辩的

抗辩”。

如果合同仅仅相对于某个特定的人才不生效力,

相对于其他人则是发生效力,

或合同的无

效不能对特定人主张,

如不得对善意第三人主张,

那么该合同的无效就是相对无效。

〔7〕 相对无

效中的“相对”,

只是关于效力所涉及的人的“相对”,

即不涉及所有人,不是对所有的人发生效

力。与此相反,

绝对无效则是对所有人的无效。

〔8〕《合同法》第 8

0条规定,转让债权的协议,

在未将债权转让的事实通知债务人时,

对债务人不发生效力。对此,

也可说成债权转让协议相

对于债务人无效,

可作为相对无效看待。相对无效的另一个例子是《物权法》规定的抵押权顺

位变更协议的效力(第 1

9

4条第 1款)。

鉴于区分不同情况而分别设置绝对无效和相对无效两种制度,更为灵活、合理,民法及司

法解释已经尽可能地减少绝对无效制度适用的范围,

重视相对无效制度的设计。

2.

自始无效与嗣后无效

合同无效一般是指合同成立之时就存在着无效的原因,依据《合同法》的立法目的及合同

法理论,

法律对此类合同自始就不按照当事人意思表示的内容赋予其法律效果,简

言之,合同

自始无法律拘束力。不过,

也有的合同在成立时本不违反当时法律的规定,符合有效要件,只

是后来国家颁行了新法或修正了既有的法律,

才使合同变得违反了强制性规定,因而应当归于

无效。我们可将其称为嗣后无效。

如果在国家颁行新法之前或尚未修正既有的法律场合,

合同已经履行完毕,

新法颁行或既

有的法律被修正之后,

维持合同履行后的状况没有负面影响,就不宜按嗣后无效处理。《最高

人民法院关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用〈经济合同法〉的若干问题的解答》(1

9

8

7

年 7月 2

1日)第 3条第 2项关于“合同签订时,合同内容并不违反当时国家的法律和政策规

定,

且在国务院[1

9

8

5]3

7号文件发布前已经履行完毕的,可以认定为有效合同”的规定,属于

这方面的例证。

尚需指出的是,

如果国家颁行了新法或修正了既有的法律尚未使合同变得违法,

只是使合

同成为法律上的不能,

也不宜按无效处理,

而应当适用《合同法》第 1

1

0条第 1项、第 9

4条第 1

项的规定,

由合同解除制度管辖。

3.

全部无效与部分无效

合同无效,

并不都是全部无效,有的只是部分无效。无效的原因存在于合同内容的全部

时,

合同全部无效;

无效的原因存在于合同内容的一部分时,且该部分无效又不影响其余部分

〔7〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国民法总论》,

邵建东译,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 3

7

5页;[德]迪特尔·施瓦布:《民

法导论》,

郑冲译,

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 4

9

5页。

〔8〕 耿林:

“强制规范与合同效力”,

清华大学法学院 2

0

0

6年博士学位论文,

第 2

4

5页。

时,

其余部分仍然有效(《合同法》第 5

6条后段)。

(三)恶意之抗辩及其结果

当事人明知合同条件以及缔约时的情事,甚至清楚地知晓将要签订的合同存在着无效的

原因,

而依然缔约。其后,

在合同的存续甚至履行阶段,

他发现合同有效于己不利,

便请求法院

或仲裁机构确认合同无效的,

构成恶意之抗辩。对此,法院或仲裁机构不宜一律支持,而应区

分情况确定规则。对于那些严重背离合同制度的目的,

必须予以取缔的合同,

法院或仲裁机构

一经发现就应当确认其无效,

不论当事人是否请求。于此场合,当事人请求确认合同无效的,

不以恶意之抗辩论处。不过,

除此之外的合同场合,当事人关于合同无效的主张,则应被定为

恶意之抗辩,

法院或仲裁机构不宜支持,

以防恶意之人因主张合同无效而获得大于合同有效时

所能取得的利益。司法解释在若干处体现了这种精神。例如,

法释[2

0

0

4]1

4号第 5条关于“承

包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同,在建设工程竣工前取得相应资质

等级,

当事人请求按照无效合同处理的,

不予支持”的规定、第 7条关于“具有劳务作业法定资

质的承包人与总承包人、

分包人签订的劳务分包合同,当事人以转包建设工程违反法律规定为

由请求确认无效的,

不予支持”的规定,

以及法释[2

0

0

3]7号第 6条第 1款、

法释[2

0

0

5]5号第 8

条等规定,

都体现了人民法院不支持恶意之抗辩的精神。

二、

合同无效的原因

按照《合同法》第 5

2条的规定,

有关法律及司法解释,

以及有关理论,

对合同无效的原因分

析如下。

(一)一方以欺诈、

胁迫的手段订立合同,

损害国家利益

欺诈,

是指以使他人陷于错误并因而为意思表示为目的,

故意陈述虚伪事实或隐瞒真实情

况的行为。其构成需要有欺诈行为,欺诈人有欺诈故意,受欺诈人因欺诈而陷于错误,受欺诈

人因错误而为意思表示以及欺诈违反法律、

违反诚实信用原则。胁迫,

是向对方当事人表示施

加危害,

使其发生恐惧,并基于这种恐惧而为一定意思表示的行为。其构成需要存在胁迫行

为,

胁迫人有胁迫的故意,

受胁迫人因胁迫而发生恐惧,

受胁迫人因恐惧而为意思表示,

胁迫人

所表示施加危害系属违法或不当。

《民法通则》第 5

8条第 1款规定,因欺诈、胁迫而成立的合同无效,《合同法》则将之限定

为,

因欺诈、

胁迫而成立的合同在损害国家利益时无效(第 5

2条第 1项),

其余的可以变更或撤

销(第 5

4条第 2款)。所谓因欺诈而成立的合同损害国家,

如甲将其国家禁止流失国外的名画

A卖与 M 国的乙,

隐瞒了法律禁止该画流失国外的事实。所谓因胁迫而成立的合同损害国家

利益,

如甲将其所有但登记在丙名下的 A房卖与乙,强迫乙同意直接将 A屋从丙名下过户给

乙,

并威胁说:

“若乙把此事告知税务机关,

就打断乙的双腿。

”

(二)恶意串通,

损害国家、

集体或第三人利益

这一无效的原因由主观和客观两个因素构成。主观因素为恶意串通,即当事人双方具有

共同目的,

希望通过订立合同损害国家、

集体或第三人的利益。它可以表现为双方当事人事先

达成协议,

也可以是一方当事人作出意思表示,

对方当事人明知其目的非法而用默示的方式接

受。它可以是双方当事人相互配合,

也可以是双方共同作为。客观因素为合同损害国家、集体

或第三人的利益。在实务中,

合同因损害第三人的利益而无效的情况相对少些。



所谓双方当事人恶意串通,

损害第三人的利益,如甲和乙签订商品房买卖合同,约定将 A

房出卖与乙,

但在办理过户登记手续之前,

甲又与丙恶意串通,

将 A房出卖与丙。于此场合,

乙

以甲和丙恶意串通,

另行订立商品房买卖合同并将 A房交付使用,

导致乙无法取得 A房为由,

请求法院确认甲与丙订立的商品房买卖合同无效的,

按照法释[2

0

0

3]7号第 1

0条的规定,

法院

应予支持。

应当注意的是,

双方恶意串通,

损害第三人的利益,

可能也符合《合同法》第 5

1条规定的构

成要件。于此场合,

如何适用法律,

较为复杂,

本章第五节将对此予以讨论。

(三)以合法形式掩盖非法目的

以合法形式掩盖非法目的,

是指当事人订立的合同在形式上是合法的,

但在缔约目的和内

容上是非法的。例如,

订立赠与合同,

目的在于逃避法院的强制执行;

订立联营合同,

目的在于

非法拆借资金;

订立合建房屋合同,

目的在于非法转让划拨建设用地使用权及拆借资金;

等等。

因被掩盖的目的非法,

在后果上损害了国家、

集体或第三人的利益,

故该类合同应为无效。

以合法形式掩盖非法目的的合同无效,

已有具体的司法解释。例如,法释[2

0

0

5]5号第 2

6

条规定:

“合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险,只收取固定数额货币

的,

应当认定为借款合同。

”依据现行法,合作开发房地产合同一般为合法合同,但若系向以拆

借资金为业的公司的借款,

则被视为不法,

其合同无效。

(四)损害社会公共利益

人不可通过其法律行为(j

u

r

i

d

i

c

a

la

c

t

s

)降低为保护公共利益而实施的法律的重要性,任何

降低此类法律的重要性的行为都是绝对无效的(a

b

s

o

l

u

t

en

u

l

l

i

t

y)。

〔9〕这些规则清楚地表达了

这样的原则:

合同自由原则要受到限制,

要受立法机关为提升公共政策而要求的参数的限制。

损害社会公共利益的合同,

如以从事犯罪或帮助犯罪作为内容的合同,规避课税的合同,

危害社会秩序的合同,

对婚外同居人所作出的赠与和遗赠等违反性道德的合同,赌博合同等非

法射幸合同,

违反人格和人格尊严的合同,

危害家庭关系的合同,

限制经济自由的合同,

违反公

平竞争的合同,违 反 劳 动 者 保 护 的 合 同 等,依 据 《合 同 法》第 5

2条 第 4项 的 规 定,均 应 无

效。

〔

1

0

〕

〔

1

1

〕

需要注意《合同法》第 5

2条第 4项的规定(损害社会公共利益的合同无效)与第 5

2条第 5

项的规定(违反法律、

行政法规的合同无效)之间的关系,以弄清它们的适用顺序。其一,它们

都具有强行法的特征,

都属于一般条款,

都具有排斥当事人以特别约定来变更强制性规定的内

容和公序良俗的内容。其二,

第 5

2条第 5项的强制性规定,

具有对具体的强制规定的指引作用

和公法强制规定的引入功能;

第 5

2条第 4项规定的强制性规定,

具有法律适用上的价值补充功

能和法律漏洞的填补功能。其三,在法律适用的关系上,第 5

2条第 5项的规定与第 5

2条第 4

项的规定是特别法与一般法的关系,二者之间不存在互生现象。也就是说,在适用上,应当对

第 5

2条第 4项予以目的性限缩,

以便充分发挥第 5

2条第 5项这个特别法的作用。倘若把这两

〔9〕 La

.Ci

v.Co

d

ea

r

t

.

7.

〔

1

0

〕 梁慧星:

“市场经济与公序良俗原则”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第 1卷),法律出版社 1

9

9

4年版,第 5

7~5

8

页。

〔

1

1

〕 损害社会公共利益的合同类型,

参见滕琪:

“公序良俗原则功能研究”,

清华大学法学院 2

0

0

7年法学硕士学位论文。



项规定以同等地位看待,

会导致规范上的矛盾或特别法在客观上被搁置的结果,违反法律体系上的逻辑性。

〔

1

2

〕

(五)违反法律、

行政法规的强制性规定

违反强制性规定,

从法律类别来看,

是指违反全国人民代表大会及其常务委员会颁布的法

律中的强制性规定,

以及违反国务院颁布的行政法规中的强制性规定,不得任意扩大其范围;从合同自身来看,

指缔约目的、

合同内容或形式违反了强制性规定。但有时形式违法不导致合

同无效。

所谓强制性规定,

与任意性规定相对,是指直接规定人们的意思表示或事实行为,不允许

人们依其意思加以变更或排除其适用,

否则,

将受到法律制裁的法律规定。

〔

1

3

〕所以,强制性规

定包括:

(1)关于意思自治以及意思自治行使要件的规定,

如行为能力、

意思表示生效的要件以

及合法的行为类型(限于对行为类型有强制性规定的情形);

(2)保障交易稳定、保护第三人之

信赖的规定;

(3)为避免产生严重的不公平后果或为满足社会要求而对意思自治予以限制的规

定。

〔

1

4

〕“强制”一词并非指必须遵守这些行为规则,否则即会被采取强制措施或会产生不利的

法律后果。强制性规定也包括那些仅仅确定某些法律行为的生效要件的规定,至于是否从事

这些法律行为,

仍由当事人自主决定。强制性规定之“强制”,是指它们总是可以被适用,而无

论当事人的意思如何。

〔

1

5

〕

在强制性规定中,

有些只是起到为当事人设定一般性义务的作用,

有些纯粹是为了保护特

殊场合下一方当事人的利益,

有些是出于法律制度上的需要(如物权法定主义),

有些则可能纯

粹是出于民法以外的法律规范目的的考虑,

如行政管理上的需要等。所以,

强制性规定的违反

也并不必然导致对合同效力的绝对否定。这涉及效力性的强制规定和管理性的强制规定的分

类及它们对合同效力的影响的问题。

所谓效力性的强制规定,

是指对违反强制性规定的私法上的行为,

在效力后果上以私法上

的方式予以一定制裁的强制性规定。也就是说,当事人所预期的私法上的法律效果会受到一

定的消极影响,

或无效,

或效力待定等。

〔

1

6

〕所谓管理性的强制规定,则是指它被违反后,当事人

所预期的私法上的效果不一定会受到私法上的制裁的强制性规定,但这并不排除它可能受到

刑事上或行政上的制裁。其中,

后者在德国法上叫做纯粹管理规定(r

e

i

n

eOr

d

n

u

n

g

s

v

o

r

s

c

h

r

i

f

t

),

日本和中国台湾的学者都称为单纯取缔规定。

〔

1

7

〕

尽管判断效力性的强制性规定属于棘手的问题,

需要进一步的研究,

但对以下三点意见还

是有把握的:

(1)违反法律、

行政法规同时构成了违反公序良俗的,

该强制性规定应为效力性的

〔

1

2

〕耿林:

《强制规范与合同效力》,

中国民主法制出版社 2

0

0

9年版,

第 1

1

4~1

1

5页。

〔

1

3

〕耿林:

《强制规范与合同效力》,

中国民主法制出版社 2

0

0

9年版,

第 6

3页。

〔

1

4

〕 [德]卡尔·拉伦茨:

《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀慦译,谢怀慦校,法律出版社

2

0

0

3年版,

第 4

2页。

〔

1

5

〕 耿林:

《强制规范与合同效力》,

中国民主法制出版社 2

0

0

9年版,

第 6

0页以下。

〔16〕耿林:《强制规范与合同效力》,中国民主法制出版社2009年版,第85页。

〔17〕[日]安井宏等:《基础民法I·民法入门·总则》,法律文化社2000年版,第120页;[日]近江幸治:

《民法讲义I·民法

总则》,

成文堂 1

9

9

5年版,

第 1

4

1页;

[日]内田贵、

山田诚一、

大村敦志、森田宏树:《民法判例集·总则·物权》,有

斐阁 2

0

0

1年版,

第 4

4页;

[日]内田贵:

《民法I·总则·物权总论》,东京大学出版会 200

0年版,第 2

6

8页。转引

自耿林:

《强制规范与合同效力》,

中国民主法制出版社 2

0

0

9年版,

第 8

7页以下。

0



强制性规定。(2)如果强制性规定禁止某类物的流转、禁止当事人实施某些行为,此类物就成

为禁止流通物,

买卖此类禁止流通物的行为就成为不得实施的行为。系争合同若将此类物作

为标的物、

将此类行为作为标的,

就应当无效。(3)有观点主张,

法律明文规定违反法律规定的

合同无效的,

该规定即为效力性的强制性规定。本书认为,这不完全符合中国现行法的实际, 因为在现行法上,

有些违反管理性的强制性规定的合同也是无效的。例如,

法释[2

0

0

4]1

4号第

1条规定:

“建设工程施工合同具有下列情形之一的,应当根据合同法第五十二条第(五)项的

规定,

认定无效:

(一)承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;(二)没有资质的

实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的;(三)建设工程必须进行招标而未招标或者中

标无效的”。不难辨别,

法律关于承包人资质的规定应为市场准入的类型,属于管理性的强制

性规定,

尽管司法解释明确规定承包人未取得建筑施工企业资质或超越资质等级而签订的建

设工程施工合同无效。

违反效力性的强制规定,

合同无效;违反管理性的强制规定,合同不一定无效。其道理在

于,

效力性的强制规定强调违反行为之法律行为价值,以否认其法律效力为目的;管理性的强

制规定强调违反行为之事实行为价值,

以禁止其行为为目的。

〔

1

8

〕所以违反效力性的强制性规

定,

合同方为无效。

〔

1

9

〕但违反管理性的强制性规定,合同并不必然无效。例如,《城市房地产

管理法》第 3

8条第 1项和第 3

9条第 1款的规定,

属于管理性的强制规范。商品房预售人没有

交付全部土地使用权出让金、

无建设工程规划许可证,未投入开发建设的资金达到工程建设总

投资的 2

5%以上,

显然违反了这些规定,法释[2

0

0

3]7号没有像以往那样一律认定合同无效,

而是规定在起诉前预售人取得商品房预售许可证明的,可以认定商品房预售合同有效(第 2

条)。法释[2

0

0

9]5号第 1

4条关于《合同法》第 5

2条第 5项规定的“强制性规定”是指效力性

强制性规定的这一司法解释,

〔

2

0

〕

体现了这种理念。

事实上,

违反管理性的强制规定,

在相当多的情况下合同还是无效的。例如,

法释[2

0

0

3]7

号规定,

出卖人订立商品房买卖合同时,

故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提

供虚假商品房预售许可证明,

或故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实,或故意隐瞒所售房屋已经

出卖给第三人或为拆迁补偿安置房屋的事实的,

合同可以无效(第 9条)。

还需注意的是,

有的违反管理性的强制规定,合同的效力待定。例如,限制民事行为能力

人签订合同虽然违反了法律关于主体资格的强制性规定,但按照《合同法》第 4

7条的规定,合

同并非绝对无效,

而是效力未定。

有必要指出,

《合同法》第 5

2条第 5项的规定,

就其文义观察,

其排除了有些部门规章的强

〔

1

8

〕 史尚宽:

《民法总论》,

中国政法大学出版社 2

0

0

0年版,

第 3

3

0页。

〔

1

9

〕 史尚宽:

《民法总论》,

中国政法大学出版社 2

0

0

0年版,

第 3

3

0~3

3

1页;王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社

2

0

0

1年版,

第 2

8

0页。

〔

2

0

〕 如果说《合同法》第 5

2条第 5项的规定因未限定强制性规定而呈现出法律漏洞,那么法释[2

0

0

9]5号第 1

4条的规

定将管理性的强制性规定完全排除,

又走到了另一个极端。实际上,有的合同违反管理性的强制性规定,同样无

效。例如,

我国现行法关于建设施工企业资质为建设工程施工合同的规定,本为管理性的强制性规定,某建设工程

施工合同的承包人未取得建筑施工企业资质或超越资质等级的,

该合同无效(法释[2

0

0

4]1

4号第 1条第 1项),但

承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同,在建设工程竣工前取得相应资质等级,当事人请求

按照无效合同处理的,

不予支持(法释[2

0

0

4]1

4号第 1条第 1项)。这表明,

法释[2

0

0

9]5号第 1

4条的规定未能涵

盖所有的合同因违反强制性规定无效的情形,

又形成了新的法律漏洞。



制性规定对合同效力的影响,

并不适当。

〔

2

1

〕

(六)背离法律制度的根本目的

在某些情况下,

合同背离法律制度的根本目的也会归于无效。例如,

被担保债务的履行期

是 2

0

1

5年 5月 8日,

可是约定的保证期间却是 2

0

1

5年 4月 1日至 5月 2日。这种约定实质上

是不会承担保证责任的,

虽然不好说它违反了《合同法》第 5

2条的哪一项规定,但因其背离保

证制度的根本目的而应被归于无效。与此类似,民事委托、居间、行纪、承揽、房屋租赁等合同

中,

约定排除委托人、

受托人、

居间人、

定作人、

承租人的解除权的,

该约定应当无效。

(七)格式条款及免责条款无效

《合同法》第 4

0条后段规定,

提供格式条款一方免除其责任、

加重对方责任、

排除对方主要

权利的,

该条款无效。对此,

法律人绝不可单纯地、望文生义地将其适用于个案,必须结合《合

同法》第 3

9条的规定确定免责条款的效力。其道理在于,免责条款,顾名思义,肯定是免除一

方的责任、

加重对方责任或排除对方主要权利,无论是哪一种,都符合《合同法》第 4

0条的规

定,

就都得无效。如此,

免责条款在《合同法》上都统统无效,不会存在有效的情形。这显然是

不符合客观实际的,

是违反生活常识的,且不符合《合同法》的立法目的。应当这样认识问题:

《合同法》第 4

0条规定的文义涵盖过宽,依据立法目的,此类免责条款若系企业的合理化经营

所必需,

或免除的是一般过失责任,或是轻微违约场合的责任等,并且提供者又履行了提请注

意的义务,

那么,

此类免责条款应当有效;

除此之外的免责条款才归于无效。因而,

对于该条规

定应当进行目的性限缩。对此,

法释[2

0

0

9]5号第 1

0条已经规定,

提供格式条款的一方当事人

违反《合同法》第 3

9条第 1款的规定,

并具有《合同法》第 4

0条规定的情形之一的,

人民法院应

当认定该格式条款无效。

特定的合同载有无效的免责条款,

除去无效的免责条款也不会使其余条款有效的话,

整个

合同便归于无效(《合同法》第 5

6条后段)。

值得提及的是,

《消费者权益保护法》第 2

6条规定,

经营者不得以格式条款、

通知、

声明、

店

堂告示等方式,

作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等

对消费者不公平、

不合理的规定,

不得利用格式条款并借助技术手段强制交易(第 2款)。格式

条款、

通知、

声明、

店堂告示等含有前款所列内容的,

其内容无效(第 3款)。这周到地保护了消

费者的合法权益,

解释《合同法》第 4

0条后段的规定时,

必须予以注意。

《合同法》第 5

3条规定,免除造成对方人身伤害的责任的条款无效,免除因故意或重大过

失造成对方财产损失的责任的条款无效。如果合同只载有这样的条款,那么,

这样的免责条款

无效就是合同无效的原因。如果特定的合同载有包括这样的免责条款在内的众多条款,此类

免责条款无效,

导致其他条款也无效的,那么,此类免责条款无效同样是合同无效的原因(《合

同法》第 5

6条后段)。

(八)其他法律规定的无效原因

《合同法》以外的法律针对个别合同类型也规定了《合同法》第 5

2条、第 5

3条以外的合同

无效的原因。例如,

《保险法》第 3

1条第 3款规定:“订立合同时,投保人对被保险人不具有保

险利益的,

合同无效。

”《保险法》第 3

4条第 1款规定:“以死亡为给付保险金条件的合同,未经

〔

2

1

〕 详细分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 3

3

5~3

4

0页。

2

7　合同法(第六版)

被保险人同意并认可保险金额的,

合同无效。

”

三、

虚伪表示与隐匿行为

在实务中,

出现了名为某个合同,按当事人的真意实际上是另外一个合同的现象。例如, 名为买卖,

实为赠与的合同;

名为赠与别墅,实为偿还借款;名为合建房屋,实为转让划拨建设

用地使用权及借款的合同;

名为联营,

实为借款的合同;

名为建设工程施工合同,

实为包括借款

的合同;

等等。上述名为的买卖、

赠与、

合建房屋、

联营、

建设工程施工等合同,

就是所谓的虚伪

表示;

〔

2

2

〕

实为的赠与、

偿还借款、

转让划拨建设用地使用权、

借款等合同,

就是所谓的隐匿行为。

概括地说,

如果表意人和相对人通谋,共同订立合同的外观,却不使该合同本应产生的法律效

果发生,

则构成虚伪表示。如果虚伪表示的目的,在于掩饰另一真正愿意实现的合同,该真正

愿意实现的合同即为隐匿行为。

对于虚伪表示和隐匿行为,

若一律适用《民法通则》第 5

8条第 1款第 7项和《合同法》第 5

2

条第 3项的规定令其无效,

有时会不适当。而按照虚伪表示与隐匿行为的理论,

把虚伪表示和

隐匿行为区分开来,

各自考察,

虽然虚伪表示无效,

但只要隐匿行为符合有效要件,

它就发生法

律效力。如上述第一例,

虽然不发生买卖的效果,却发生赠与的法律效果,显然是妥当的。司

法解释已经承认了这种理论。例如,

法释[2

0

0

5]5号第 2

4条规定:

“合作开发房地产合同约定

提供土地使用权的当事人不承担经营风险,

只收取固定利益的,应当认定为土地使用权转让合

同。

”〔23〕

四、

当事人约定合同无效

当事人在合同中约定合同在什么情况下无效。该约定是否具有法律效力?它若不违反法

律、

行政法规的强制性规定,

不违反公序良俗原则,

应当有效。不过,

合同无效应当是国家及法

律评价业已成立的合同的结果,

当事人本无权确定合同无效。就此而言,

认定当事人关于合同

无效的约定有效,

与该理论不符。实质上,当事人关于合同无效的约定,是合同不发生效力

的

约定。

五、

无效合同的转换

所谓无效合同的转换,

是指本为无效的合同,若具备其他种类合同的有效要件,并因其情

形,

推定当事人若知其无效,

就会签订其他合同种类的合同,该其他合同仍为有效的现象。其

构成要件有三:

(1)须有无效的合同。其无效的原因如何,在所不问,但不包括效力未定的情

形。(2)该无效的合同必须具备其他合同的有效要件。该其他合同叫做替代合同。(3)无效合

同的转换,

必须符合当事人的意思,即当事人若知道该合同无效就不会签订该合同,而签订其

他种类的合同。这里所应探求的是当事人假设的意思。对此,应依当事人所欲实现的经济目

的和可认知的利益衡量加以认定。当事人的真意可以经由解释认定时,应依其意思。这是“解

〔

2

2

〕 虚伪表示是指与相对人通谋实施的、

没有真实意思的意思表示。参见[日]山本敬三:《民法讲义I·总则》,解亘

译,

北京大学出版社 2

0

0

4年版,

第 1

0

5页。

〔

2

3

〕详细分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 3

4

3~3

4

5页。

释优先于转换”的原则。

〔

2

4

〕

有关司法解释实际上已经承认了无效合同的转换。例如,法释[2

0

0

5]5号第 2

5条规定:

“合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险,只分配固定数量房屋的,应当

认定为房屋买卖合同。

”如何理解该条解释?在当事人双方均为法人,其效果意思是拆借资金

的情况下,

无法采用虚伪表示与隐匿行为的理论认定房屋买卖合同有效,可以直接认定合同无

效。不过,

在房屋已经建成且质量上乘,用款的开发商也取得了可观的利润的情况下,认定合

同无效,

结果并不理想,

不如认定合作开发房地产合同或借款合同无效,而将合同定性为房屋

买卖合同,

并承认其有效,

这样对各方都有利。法释[2

0

0

5]5号第 2

5条的规定,可视为包括这

种思路和设计。

〔

2

5

〕

独立保证无效,

但若符合具有从属性的保证的条件时,按照后者处理,不绝对地否认保证

的效力。此亦为无效的转换。

六、

合同无效的程序

在存在合同无效原因的情况下,

当事人一方,在双方恶意串通、损害第三人合法权益等个

别场合可以是第三人,

有权提起诉讼或仲裁,

请求人民法院或仲裁机构确认合同无效。人民法

院或仲裁机构也可以依职权径直确认合同无效。属于裁判机构依职权径直确认合同无效的, 如法发[2

0

0

9]1

9号第 7条第 1款前段规定:

“人民法院认定金融不良债权转让合同无效后,对

于受让人直接从金融资产管理公司受让不良债权的,人民法院应当判决金融资产管理公司与

受让人之间的债权转让合同无效;

受让人通过再次转让而取得债权的,人民法院应当判决金融

资产管理公司与转让人、

转让人与后手受让人之间的系列债权转让合同无效。

”

关于合同无效诉讼的管辖问题,

法发[2

0

0

9]1

9号第 3条第 2款前段规定:“金融资产管理

公司受让不良债权后,

自行与债务人约定或重新约定诉讼管辖的,如不违反法律规定,人民法

院应当认定该约定有效。

”

关于请求确认合同无效程序中的举证责任,

法发[2

0

0

9]1

9号第 8条中段规定:“不良债权

转让合同中经常存在诸多限制受让人权利范围的条款,人民法院应当要求

受让人向法庭披露

不良债权转让合同以证明其权利合法性和权利范围。受让人不予提供的,人民法院应当责令

其提供;

受让人拒不提供的,

应当承担举证不能的法律后果。人民法院在对受让人身份的合法

性以及是否存在恶意串通等方面存在合理怀疑时,

应当根据《最高人民法院关于民事诉讼证据

的若干规定》及时、

合理地分配举证责任;但人民法院不得仅以不良债权出让价格与资产账面

额之间的差额幅度作为引起怀疑的证据,

而应当综合判断。

”

关于请求确认合同无效程序中诉讼或执行主体的变更,

法发[2

0

0

9]1

9号第 1

0条第 2句规

定:

“在不良债权转让合同被认定无效后,金融资产管理公司请求变更受让人为金融资产管理

公司以通过诉讼继续追索国有企业债务人的,

人民法院应予支持。

”

〔

2

4

〕 参见王泽鉴:

《民法总则》,

三民书局 2

0

0

0年版,

第 5

2

7页。

〔

2

5

〕 较为详细的分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 3

4

6页。

4

7　合同法(第六版)

第四节　合同的撤销

一、

合同的撤销概述

合同的撤销,

是指因意思表示不真实,通过撤销权人行使撤销权,使已经生效的合同归于

消灭。存在撤销原因的合同称为可撤销的合同。它具有如下特征: 1.

从撤销的对象来看,

是意思表示不真实的合同,如因重大误解而成立的合同、因欺诈而

成立的合同、

因胁迫而成立的合同等。现行法把因欺诈、胁迫而成立的合同一分为二,将其中

具有"损害国家利益"特点的作为无效的对象,

相对于传统民法而言,

缩小了可撤销的范围。学

说认为宜把意思表示不真实的合同统归撤销制度管辖。

2.

合同的撤销,

要由撤销权人行使撤销权来实现。但撤销权人是否行使撤销权由他自己

决定。这是它与合同无效的不同点。

3.

撤销权不行使,

合同继续有效;撤销权行使,合同自始归于无效。这是合同的撤销与合

同的无效、

合同效力未定的又一区别。

二、

可撤销的原因

《合同法》把重大误解、

在订立合同时显失公平作为可撤销的原因(第 5

4条第 1款);还将

一方以欺诈、

胁迫的手段或乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的、不损害国家利
国家利

益的合同,

作为可撤销的对象(第 5

4条第 2款)。

(一)欺诈

《民法通则》规定欺诈是合同无效的原因,

《合同法》除了将导致损害国家利益的欺诈规定

为无效的原因外,

其余的均作为可撤销的原因。在合同系因欺诈而成立的情况下,

《合同法》的

规定优先予以适用。学说赞同《合同法》第 5

4条第 2款的规定,

理由如下:

(1)合同法贯彻意思

自治原则,

据此,

法律宜尽可能承认已成立的合同有效,

把欺诈作为可撤销的原因,

充分尊重受

欺诈人的意思,

体现了意思自治原则的要求。(2)在某些情况下,欺诈人可能产生认识上的错

误,

致使合同未损害受欺诈人或损害轻微,甚至欺诈人自身受损。于此场合,把欺诈作为可撤

销的原因,

受欺诈人可不行使撤销权,让合同生效履行,这样做更有效益并惩罚了恶意之人。

(3)因欺诈而成立的合同具有违法性,与正常的社会秩序格格不入,虽然也是对公序良俗的侵

害,

但这种侵害与违反强制性规定、以合法形式掩盖非法目的、直接违反公序良俗等合同所造

成的侵害相比,

毕竟是间接的和比较轻微的,其主要是对受欺诈人不利,涉及的是当事人之间

的利益分配问题。正因如此,

把合同效力的决定权交给受欺诈人,由其审时度势,决定是将合

同撤销还是履行合同,

效果更佳。(4)合同是否存在欺诈因素,当事人若不提出,外人难以知

晓。把欺诈作为合同无效的原因,

在合同存有欺诈因素,若当事人却不披露,双方均按合同履



行时,

法律的权威便会受到损害。把欺诈作为可撤销的原因,

则不存在这个问题。

〔

2

6

〕

(二)胁迫

胁迫作为可撤销的原因比较适宜,

《合同法》将不具有“损害国家利益”特点的胁迫使对方

在违背真实意思的情况下订立的合同作为可撤销的对象,修正了《民法通则》第 5

8条的规定,

这一做法值得肯定,

其道理与将欺诈作为可撤销的原因是一样的。在法律适用的层面上, 若合

同系因胁迫而成立的,

《合同法》第 5

4条第 2款的规定优先适用。

(三)乘人之危〔27〕

所谓乘人之危,

是指一方当事人故意利用他人的危难处境,

迫使他方订立于其极为不利的

合同。它只是一方利用他方的危难处境而非主动实施胁迫行为,其社会危害性要小于胁迫。

其构成要件为:

(1)他方陷于危难处境。(2)一方当事人故意利用该他方的危难处境。在这里, 不得有积极的胁迫行为,

只是利用他方处于困境的消极行为。(3)该他方迫于自己的危难处境

接受了不利的甚至极为苛刻的条件,

不得已地与利用危难处境的一方订立了合同。(4)该合同

有时显失公平,

有时则不一定。也就是说,因乘人之危而签订的合同作为可撤销的原因时,不

苛求结果的显失公平。

《民法通则》将乘人之危作为无效的原因(第 5

8条第 1款第 3项),

《合同法》将其改为可撤

销的原因(第 5

4条第 2款),

在合同系因乘人之危而成立的情况下,

《合同法》的规定优先适用。

(四)重大误解

《民法通则》和《合同法》所称的误解,相当于德国、日本民法和中国台湾地区“民法”所规

定的错误,

是指表意人所表示出来的意思与其真实意思不一致,而这种不一致是表意人为意思

表示时所不知或误认的。其构成要件如下:意思表示成立;表示行为与效

果意思不一致;为表

意人所不知或误认并归责于自己。

误解作为可撤销的原因,

是法律为误解人提供救济机会的表现。但是,

误解一般是归责于

误解人,

相对人对此一般无责任。既然如此,对误解人的保护应是有限度的,不能不问误解的

程度一律允许误解人撤销合同。正因如此,

法律只承认重大误解为可撤销的原因。

重大误解,

是指误解人作出意思表示时,

对涉及合同法律效果的重要事项存在着认识上的

显著缺陷,

其后果是使误解人受到较大损失,

以至于根本达不到缔约目的。对重大误解的具体

确定,

应区分误解人所误解的不同情况,

考虑当事人的状况、

活动性质、

交易习惯等各方面的因

素。一般认为,

重大误解有以下几种:

(1)对合同性质的误解,如误以借贷为赠与,误以出租为

出卖。(2)对相对人的误解,

如把甲公司误认为乙公司而与之订立合同。在信托、委托、保管、

信贷等以信用为基础的合同中,

在赠与、无偿借贷等以感情及特殊关系为基础的合同中,在演

出、

承揽等以特定人的技能为基础的合同中,

对当事人的误解为重大误解。在现物买卖等不具

有人身性质的合同中,

有时对当事人的误解不会给误解人造成较大损失,甚至不会造成损失

的,

不构成重大误解。(3)对标的物品种的误解,如把轧铝机误认为轧钢机而购买。对标的物

品种的误解,

使合同目的落空,

使误解人遭受重大损失,

属于重大误解。(4)对标的物质量的误

解,

如把劣质品认为优质品,

把临摹画认为真迹等。这种误解给误解人造成较大损失时以重大

〔

2

6

〕崔建远:

“关于经济合同无效的探讨”,

载《吉林大学社会科学学报》1

9

8

9年第 5期。

〔

2

7

〕详细分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 3

4

9~3

5

2页。

6

7　合同法(第六版)

误解论,

否则为一般误解。(5)对标的物规格的误解,如把千吨水压机认为万吨水压机。这种

误解也可以视为对标的物品种、质量的误解,在给误解人造成较大损失时,构成重大 误 解。

(6)对标的物的数量、

包装、

履行方式、

履行地点、

履行期限等内容的误解,

给误解人造成较大损

失时,

构成重大误解。

动机的误解是否属于对合同内容的误解,进而是否属于重大误解呢?应分别情况加以判

断。在一般情况下,

误解人的动机如何,

在它未作为合同条件提出时,

外人难以了解,

法律也无

法作出评价。如以误解人事后说明的动机为准,由法律加以评论,那么,误解人可能会提出对

其有利的,

却与其当初真实的动机不同的动机来,

这样会使相对人陷于极为不利的境地。这是

不能允许的。因此,

动机的误解原则上不视为对内容的误解。但是,

如果动机作为合同条件提

出来的话,

则应把它的误解作为对内容的误解,给误解人造成较大损失时,构成重大误解。应

予注意,

德国自 2

0世纪 2

0年代起,

学说、

判例已经采用行为基础理论来解决动机错误问题。所

谓行为基础,

是指某种现存或未来的事实状态,当事人预设此种事实状态现在或将来会存在, 尽管该预设并未上升为合同内容,但当事人的效果意思建立在该预设基础之上。此种预设可

能是合同订立时双方均具有的,

也可能是一方的预设,

但为相对人所知晓且未加以反对的。于

此场合,

当事人可以主张撤销此类法律行为。

〔

2

8

〕 行为基础影响法律行为效力的原因在于,行为

基础构成行为的前提,

如果行为基础不存在,

该法律行为也就没有存在的必要,

正所谓“皮之不

存,

毛将焉附”。

〔

2

9

〕

(五)显失公平

显失公平,

是指双方当事人的权利义务明显不对等,使一方遭受重大不利。其构成要件

为:

双方当事人的权利义务明显不对等;

这种不对等违反公平原则,

超过了法律允许的限度;

不

属于因欺诈、

胁迫、

乘人之危、

恶意串通损害他人利益等原因导致的显失公平。

针对《合同法》第 5

4条第 1款第 2项规定的显失公平,

其构成是否需要“当事人急迫、

轻率

或无经验”之类的主观要件,

存在着不同的意见。本书倾向于在总体上不要求主观要件,个别

类型得以“当事人急迫、

轻率或无经验”为构成要件。

〔

3

0

〕

(六)未履行提示和说明义务的格式条款

法释[2

0

0

9]5号第 9条规定,

提供格式条款的一方当事人违反《合同法》第 3

9条第 1款关

于提示和说明义务的规定,

导致对方没有注意免除或限制其责任的条款,对方当事人申请撤销

该格式条款的,

人民法院应当支持。

(七)根本不存在标的物

在传统合同法上,

针对根本不存在标的物的情况,一种处理方式是认定合同未成立,另一

种处理方式是构成客观上的不能履行,

合同自始失去标的,

失去目的,

失去意义,

因而无效。但

法发[2

0

0

9]1

9号却选择了撤销的路径,

于第 6条第 2款中规定:

“在金融资产管理公司转让不

良债权后,

国有企业债务人有证据证明不良债权根本不存在或者已经全部或部分归还而主张

〔

2

8

〕 P

a

wl

o

ws

k

i

,

Al

l

g

e

me

i

n
e
rTe
i
ld
e
sBGB.He
i
d
e
l
b
e
r
g
:C.F.Mu
l
l
e
rVe
r
l
a
g

,1

9

9

8:2

6

2;Ka

r

lLa

r

e

n

z

,Ma

n

f

r

e

dWo

l

f

,Al

l

g

e

-

me

i

n

e

rTe

i

ld

e

sBu

r

g

e

r

l

i

c

e

sRe

c

h

t

s

.

Mu

n

c

h

e

n

.

C.

H.

Be

c

k

'

s

c

h

eVe

r

l

a

g

e

s

b

u

c

h

h

a

n

d

l

u

n

g

,

1

9

9

7.

7

1

0.转引自纪海龙:“意思

表示错误制度的比较法研究”,

清华大学法学院 2

0

0

2年法学硕士学位论文,

第 3

7页。

〔

2

9

〕 纪海龙:

“意思表示错误制度的比较法研究”,

清华大学法学院 2

0

0

2年法学硕士学位论文,

第 3

7页。

〔

3

0

〕 详细论述,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 3

5

4页以下。

第五章　合同的效力　7

7

撤销不良债权转让合同的,

人民法院应当撤销或者部分撤销不良债权转让合同;不良债权转让

合同被撤销或者部分撤销后,

受让人可以请求金融资产管理公司承担相应的缔约过失责任。

”

三、

撤销权及其行使

(一)撤销权及其权利人的界定

撤销权,是指撤销权人依其单方的意思表示使合同等法律行为溯及既往地消灭的权利。

它在性质上属于形成权。

撤销权人,

在因欺诈、

胁迫而成立的合同中为受欺诈人、

受胁迫人,

在因重大误解而成立的

合同中为误解人,

在显失公平场合为受到重大不利之人,在乘人之危场合为处于危难境地之

人。

(二)撤销权的行使

关于撤销权的行使,

德国民法等规定采取依撤销权人向对方当事人为撤销的意思表示的

方式,

但中国现行法要求撤销权人通过诉讼方式,请求人民法院或仲裁机构予以变更或撤销

(《民法通则》第 5

9条第 1款、

《合同法》第 5

4条第 2款)。当事人请求变更的,

人民法院或仲裁

机构应当予以变更,不得撤销(《合同法》第 5

4条第 3款,《关于民法通则的意见》第 7

3条第 1

款);

当事人请求撤销的,

人民法院可以酌情予以变更或撤销(《关于民法通则的意见》第 7

3条

第 1款)。从理论上讲,

合同和其他法律行为的变更涉及双方当事人权利义务的改变,不经过

当事人的协商同意,

直接由法院或仲裁机构决定,既涉及违意思自治原则的问题,又容易出现

不合理的结果。

撤销权须在除斥期间内行使。该除斥期间为 1年,这为现行法所一致承认。但对该除斥

期间的起算点,

现行法的规定却不尽一致。《合同法》第 5

5条第 1项规定,撤销权自撤销权人

知道或应当知道撤销事由之日起开始计算。《关于民法通则的意见》第 7

3条第 2款规定,

撤销

权自民事行为成立时起算。在法律效力的位阶上,《合同法》高于司法解释,在合同的撤销上,

《合同法》又是特别法,

所以,

合同撤销权的除斥期间,其起算点应当是撤销权人知道或应当知

道撤销事由之日。

(三)撤销权行使的效力

撤销权行使的效力,

是使合同自其成立时起无效(《民法通则》第 5

9条第 2款,

《合同法》第

5

6条前段)。

(四)撤销权的消灭

撤销权消灭的事由有二:

一是撤销权人在除斥期间未行使撤销权;

二是撤销权人自知道撤

销事由后明确表示或以自己的行为放弃撤销权(《合同法》第 5

5条、

《关于民法通则的意见》第

7

3条第 2款)。所谓撤销权人以自己的行为放弃撤销权,

如撤销权人在合理的期限内请求相对

人实际履行,

或提起诉讼或申请仲裁,

请求相对人承担违约责任,

等等。

(五)排除撤销权特约的效力

撤销权本是依撤销权人的意思而溯及既往地消灭已经成立的法律行为的法律上之力,涉

及当事人的行为自由,

事关当事人的法律地位及权益。法律设置撤销权及其行使的制度, 旨在

赋予权利人矫正意思不自由、

显失公平的法律行为,

维护正当的法律秩序和社会秩序。当事人



通过意思表示限制甚至排除撤销权及其行使,

意味着限制乃至否定法律力图建立的法律秩序、

社会秩序,

使得法律所不认同的法律关系得以存续。从这个意义上讲,

当事人通过约定限制甚

至排除撤销权及其行使,

构成了《合同法》第 5

2条第 4项规定的无效原因,

不应承认其效力。

## 第五节　合同效力的补正

一、

### 合同效力的补正概述

合同效力的补正,

是指合同欠缺有效要件,能否发生当事人预期的法律效力尚未确定,只

有经过有权人的追认,

才能化欠缺有效要件为符合有效要件,发生当事人预期的法律效力;有

权人在一定期间内不予追认,

合同则归于无效。由于这类合同在有权人追认以前处于有效抑

或无效的不确定的状态,

因而称为效力未定的合同或效力待定的合同。

效力未定的合同欠缺有效要件,

自身具有瑕疵,有权人不通过追认消除该瑕疵,合同就确

定地归于无效,

所以它与无瑕疵的有效合同不同。它欠缺有效要件,

对公序良俗的侵害相对轻

微,

与合同制度的目的未产生根本性的抵触,于是法律允许有权人通过追认消除该瑕疵,这样

既保护了当事人的合法权益,

又促成了交易,还维护了市场秩序。与此不同,无效合同欠缺有

效要件,

与合同制度的目的背道而驰,严重侵害国家利益、社会公共利益,其瑕疵不可治愈,于

是,

法律便作出完全否定性的评价,令其绝对地当然地无效。可见,效力未定的合同与无效合

同不同。合同欠缺有效要件,

法律对它的否定性评价仅是相对的,

允许有权人治愈该瑕疵。在

这点上,

效力未定的合同与可撤销的合同具有共性。两者的差别在于,

前者在追认前处于有效

抑或无效未确定的状态,

后者在撤销前已经确定地发生了法律效力。

在效力未定合同的情况下,

有权人的追认,

是指明确表示同意效力未定的合同。它是一种

单方的意思表示,

无须相对人的同意即发生补正的法律效力,使效力未定的合同变为确定有效

的合同。该意思表示一般以明示的方式作出(《合同法》第 4

7条第 2款、

第 4

8条第 2款),

学说

认为,

也可以有权人以自愿履行债务的方式推定作出。

有权人的追认,

须是无条件的,是对合同全部条款的承认。如果仅是对部分条款的承认,其实是提出新要约,

须相对人同意(承诺)方可使该部分有效。

效力未定的合同包括限制行为能力人依法不能独立订立的合同、

无权代理人订立的合同、

无处分权人订立的合同等,

以下分别介绍。

二、

限制行为能力人订立的合同

限制行为能力人原则上由其法定代理人代其订立合同,

若要独立订立合同,

须经其法定代

理人追认,

方为有效。当然,

限制行为能力人订立纯获利益的合同或与其年龄、

智力、

精神健康

状况相适应而订立的合同,

不需法定代理人追认(《合同法》第 4

7条第 1款)。

该追认权,

属于形成权,

由限制行为能力人的法定代理人享有及行使,限制行为能力人取

得行为能力后,

也有权追认合同(《合同法》第 4

7条第 1款)。该追认权由限制行为能力人的法



定代理人以意思表示的方式向合同相对人行使。追认的意思表示自到达相对人时生效,合同

自订立时起生效(法释[2

0

0

9]5号第 1

1条)。

该追认权同样受除斥期间的限制。该除斥期间在《合同法》上为 1个月(第 4

7条第 2款)。

至于其起算点,

《合同法》未明确规定,

只提到“催告”。对此,

可有两种解释:

一是合同相对人向

法定代理人催告之日;

二是催告通知所确定的开始起算之日,催告若未明确具体的开始追认的

时间,

则以催告之日为准。本书认为后者更全面、

合理。

追认权制度旨在保护限制行为能力人及其法定代理人,但相对人的利益也不得漠视。为

求得平衡,

法律赋予相对人两项权利,即催告权与撤销权。相对人在订立合同后的一定期间

内,

有权催告法定代理人在 1个月内决定是否追认。

追认权不会永远存续。法定代理人在自催告通知所确定的开始起算之日起一个月内不作

追认表示者,

视为拒绝追认。如此,

限制行为能力人与相对人之间的合同归于消灭,追认权也

不复存在。

在法定代理人未追认前,

相对人也可以将合同撤销。该撤销权同样属于形成权,

其行使方

式为合同相对人向法定代理人发出撤销通知,该通知到达法定代理人处即发生撤销的效力

(《合同法》第 4

7条第 2款)。该撤销权的行使有条件,

即相对人明知缔约人为限制行为能力人

或明知其法定代理人不同意时,

不得撤销。当然,

也可以解释为在这种场合下撤销权不发生。

概念法学认为,

无行为能力人无意思能力,自然不得订立合同,即使订立了,合同也应无

效。但按利益衡量方法,

无行为能力人订立的合同在得到其法定代理人的追认时,

仍然无效并

无益处，

不如使之生效。况且，

无行为能力人与限制行为能力人在订立某些日常生活和学习所

必需的合同方面，

并无实质的不同,二者发生相同的效力更为妥当。在《合同法》的解释适用

上，

可采用类推的方法解决无行为能力人订立合同问题。

三、

无权代理人订立的合同

无权代理人以被代理人名义与相对人订立合同，

非经被代理人追认，

对被代理人不发生法

律效力，

除非构成表见代理。

相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。追认的意思表示自到达相对人时生效，合同自订立时起生效(法释[2

0

0

9]5号第 1

1条)。被代理人未作表示的，

视为拒绝追认。但无

权代理人以被代理人的名义订立合同，

被代理人已经开始履行合同义务的,视为对合同的追认

(法释[2

0

0

9]5号第 1

2条)。被代理人依照《合同法》第 4

9条的规定承担有效代理行为所产生

的责任后,

可以向无权代理人追偿因代理行为而遭受的损失(法释[2

0

0

9]5号第 1

3条)。

合同被追认之前,

善意相对人有撤销的权利。撤销应以通知的方式作出(《合同法》第 4

8

条第 2款)。

在相对人不行使撤销权,

被代理人亦未追认的情况下,

《合同法》第 4

8条第 1款规定,

在无

代理权的情况下签订的合同,“对被代理人不发生效力,由行为人承担责任”。《民法通则》第

6

6条第 1款前段的规定与之类同。理解其意,

应把握以下几点:

1.

在无代理权情况下签订的合同符合法律行为的有效要件时,

该合同有效,

无权代理人和

相对人作为该合同关系的当事人,

履行该合同项下的义务,

享有该合同项下的权利。被代理人

不承受该合同项下的权利和义务。这多发生在间接代理场合。例如,甲外贸公司接受乙公司

0



的委托,

从 D国的丙公司进口 3

0辆载重卡车,但甲公司却自作主张,与 D国的丙公司签订了

3

0辆奔驰轿车的买卖合同,

买受人落款处加盖了甲公司的合同专用章。乙公司对该合同不予

追认。在该合同不违反强制性规范及外贸管制的要求场合,

该 3

0辆奔驰轿车买卖合同有效。

2.

在无代理权的情况下签订的合同部分有效,部分无效。这发生在直接代理的场合。原

来,

依据《民法通则》第 6

3~7

0条设计的代理均为直接代理,代理人和相对人实施的代理行为

不同于当事人亲自实施的法律行为,其特色在于,意思表示虽是代理人发出或接受的,但法律

关系的一方当事人却是被代理人而非代理人,代理行为的效果意思中包含着基于代理行为产

生的权利义务归被代理人承受的内容。在被代理人不追认无权代理行为的情况下, 依据《民法

通则》第 6

6条第 1款前段及《合同法》第 4

8条第 1款的规定,

由无权代理人承受后果。该后果

若是代理行为有效时产生的权利义务,

那么就与代理行为中固有的效果意思不同。详细地说,

法律对该合同并不完全按照当事人的效果意思赋予其法律效果,亦即,在合同的当事人方面, 否定了无权代理人和相对人关于被代理人为合同当事人一方的这一效果意思;在合同项下的

权利义务方面,

则按照无权代理人和相对人的效果意思赋予合同法律效果,也就是说,无权代

理人和相对人基于该合同承受的权利和义务完全受法律保护,

不予改变。总之,

无权代理人和

相对人为该合同的当事人,

双方须履行该合同项下的义务,

享有该合同项下的权利。被代理人

不承受该合同项下的权利和义务。

这种情形多发生在直接代理的场合。例如,甲公司接受乙公司的委托,从丙公司购买 3

0

辆载重卡车,

但甲公司却自作主张,

与丙公司签订了 3

0辆轿车的买卖合同,对此无权代理,丙

公司并不知情。买受人落款处加盖了乙公司的合同专用章(盗盖的),代理人或者经办人的落

款处加盖了甲公司的合同专用章。乙公司对该合同不予追认。在合同未违反强制性规范时, 应当生效履行。不过,

买受人不再是乙公司,

而是甲公司。

3.

无代理权情况下签订的合同,

不为被代理人所追认,因而不符合有效要件,归于完全无

效。例如,

甲公司为中介公司而非技术开发公司,无权代理乙技术开发公司,与出资人(委托

人)签订委托开发合同,

乙技术开发公司对此拒绝追认。因甲公司完全没有技术开发能力,该

合同归于无效。该案件应当适用《合同法》第 5

8条的规定,

无权代理人甲公司承担缔约过失等

责任。

无权代理行为的效力待定,

同样涉及追认权、催告权、撤销权、除斥期间,在原理上与限制

行为能力人订立的合同场合的相关说明相同,

因而此处不再赘述。

四、

无权处分人订立的合同

无权处分人与相对人订立了处分他人财产权的合同,

简称为无权处分的合同。按照《合同

法》第 5

1条的规定,

经权利人追认或无权处分人于缔约后取得处分权时,合同自始有效。其反

面推论是,

无权处分人于履行期限届满前未取得处分权,权利人又不予追认的,合同无效。当

然,

法释[2

0

1

2]8号第 3条规定,

合同不因欠缺处分权而无效。

〔

3

1

〕

〔

3

1

〕关于这个问题的详细论述,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 3

7

1页

以下。对于法释[2

0

0

9]5号第 1

5条和法释[2

0

1

2]8号第 3条的批评,

参见崔建远:

《合同法》(第 2版),

北京大学出

版社 2

0

1

3年版,

第 1

0

5页以下;

崔建远:

“无权处分合同的效力、

不安抗辩、

解除及债务承担”,

载《法学研究》2

0

1

3年

第 6期。



该无效不得对抗善意第三人,因而,在受让人为善意第三人且已经占有作为受让物的动

产或已经办理了不动产的过户登记手 续 时,构 成 善 意 取 得,受 让 人 照 样 取 得 处 分 物 的 所 有

权。

《合同法》第 5

1条中的追认权,同样属于形成权,应在一定期间内行使;逾此期间,追认权

消灭。追认的表示可以直接向受让人作出,

也可向无权处分人作出。

《合同法》未明文规定该追认权的除斥期间及其起算点的确定标准,也未规定受让人是否

享有催告权和撤销权。如何看待此种现象?如何解决?

在受让人为善意,

适用善意取得制度的情况下,受让人往往不知存在着无权处分,故谈不

上催告或撤销;

即使后来知道了存在着无权处分的事实,因无论出卖物所有权人追认与否均不

影响取得出卖物的所有权,

故受让人也无催告的动力,受让人愿意取得出卖物所有权时,作为

一个理性人也不会行使撤销权;

假若受让人进行催告,在无权处分行为历时已久的情况下,出

卖物所有权人若否认无权处分的合同效力,

则会引起社会秩序紊乱;受让人行使撤销权会导致

同样的后果。只有在无权处分的合同签订不太久的情况下,赋予受让人催告权和撤销权才是

适当的。

在无权处分人和受让人均为恶意,

且构成恶意串通,

损害了出卖物所有权人的合法权益的

情况下,

是否适用《民法通则》第 5

8条第 1款第 4项、《合同法》第 5

2条第 2项关于恶意串通,

损害第三人利益,

合同无效的规定呢?关键在于如何理解第三人的含义。如果此处所谓的

第

三人是指不特定的多数人,

那么,

在无权处分人和受让人均为恶意,且构成恶意串通时所签订

的合同,

不适用于《民法通则》第 5

8条第 1款第 4项、《合同法》第 5

2条第 2项的规定,也就是

说,

无权处分的合同并非绝对无效,而是效力未定,由法律配置追认权、催告权乃至撤销权,使

该合同的效力主要取决于出卖物所有权人的意思,这样的效果更佳。在无权处分人和受让人

虽然均为恶意,

但不构成恶意串通的情况下,

无权处分的合同也处于效力未定的状态。在上述

两种情况下,

赋予出卖物的所有权人以追认权,

具有积极意义。若追认,

无权处分的合同有效,

受让人取得出卖物的所有权,

同时有义务支付价款;

若拒绝,

无权处分的合同无效,

因受让人为

恶意,

不适用善意取得制度,

故出卖物所有权仍属于出卖物的所有权人,在受让人已经占有该

物时,

受让人负返还该物的义务。于此场合,法律赋予受让人催告权,对于尽快确定无权处分

合同效力的不确定状态显然必要。至于是否赋予受让人撤销权,

宜区别情况而定,

在受让人明

知无权处分的情况下,

还赋予他撤销权,

与法律不保护恶意之人的法谚相左,

不宜采纳;

在受让

人不知无权处分的情况下,

可以赋予他撤销权。

如果《民法通则》第 5

8条第 1款第 4项、

《合同法》第 5

2条第 2项规定的第三人,

是指特定

的第三人,

在无权处分场合即为标的物出让人,

那么,

在无权处分人和受让人均为恶意,

且构成

恶意串通的情况下,

所签订的无权处分合同则适用《民法通则》第 5

8条第 1款第 4项、《合同

法》第 5

2条第 2项的规定,

该合同绝对无效,标的物出让人无追认权,受让人也无催告权和撤

销权。

在受让人不知道也不应当知道出让人无处分权的情况下,

受让人可以援用《合同法》第 1

5

0

条的规定,

请求出让人承担权利瑕疵担保责任,而否认《合同法》第 5

1条的适用。换句话说,

《合同法》第 1

5

0条为特别法,

第 5

1条为普通法,

特别法优先于普通法。



五、

关于《合同法》第 4

9条、

第 5

0条的规定

(一)关于《合同法》第 4

9条规定的表见代理

应予说明的是,《合同法》第 4

9条规定的表见代理不属于效力未定的行为,而是效力确定

的行为。在相对人有理由相信行为人有代理权的情况下,

行为人与相对人订立的合同有效,

否

则,

“被代理人”可否认该合同对他有效。

在相当长的时期内,多数说认为,表见代理的成立,需要相对人的善意,但不强求其无过

失。但法发[2

0

0

9]4

0号第 1

3条却要求相对人在主观上需善意且无过失,

这一点值得注意。

关于相对人善意且无过失的判断,

法发[2

0

0

9]4

0号第 1

4条规定:

“人民法院在判断合同相

对人主观上是否属于善意且无过失时,应当结合合同缔结与履行过程中的各种因素综合判断

合同相对人是否尽到合理注意义务,此外还要考虑合同的缔结时间、以谁的名义签字、是否盖

有相关印章及印章真伪、标的物的交付方式与地点、购买的材料、租赁的器材、所借款项的用

途、

建筑单位是否知道项目经理的行为、

是否参与合同履行等各种因素,

作出综合分析判断。

”

(二)关于《合同法》第 5

0条规定的越权行为

《合同法》第 5

0条规定的越权行为亦属于效力确定的行为,

相对人不知亦不应知法定代表

人超越其权限时,

他们之间订立的合同为有效,否则,一般为无效,因为法律不宜保护恶意之

人。但也有人认为,

在该合同不违反强行性规定,

对法人或其他组织、

相对人均为有利时,宜承

认该合同为有效。

第六节　合同不成立、

无效、

被撤销或不被追认的法律后果

合同不成立、

无效、

被撤销或不被追认,

只是不发生当事人所预期的法律效力,

即不发生合

同履行的效力,

并非不产生任何法律效果,

其他法律后果还是要发生的,

如返还财产、

缔约过失

责任、

行政处罚等。

一、

返还财产

合同不成立、

无效、

被撤销或不被追认,

自始归于消灭,

当事人一方或双方基于合同所为之

给付,

失去存在的依据,

另一方应予返还。该给付为财产交付时,

发生返还财产的效果。

该返还财产是合同不成立、

无效、被撤销或不被追认时当然发生的法律效果,不是当事人

违反民事义务所直接产生的,

其存在也不是道德和法律对当事人的主观状态及相关行为予以

否定性评价的结果,

其成立不需要具备民事责任的构成要件,

因而它不属于民事责任范畴。

〔

3

2

〕

合同不成立、

无效、

被撤销或不被追认时,

合同自始无效,

受领人取得给付物所有权的法律

依据消失殆尽,

在该给付物为动产的情况下,给付人有权请求受领人移转该物的占有,使其动

产的所有权恢复至圆满状态;

在给付物为不动产,且尚未办理过户登记手续的情况下,该不动

〔

3

2

〕崔建远:

“关于经济合同无效的探讨”,

载《吉林大学社会科学学报》1

9

8

9年第 5期。



产的所有权继续归给付人享有,

并且,因合同不成立、无效、被撤销或不被追认,给付人办理过

户登记手续的义务便不复存在,

故受领给付人非但不可能取得该不动产的所有权,反倒负有把

该不动产的占有移转于给付人的义务,换言之,给付人行使物的返还请求权,表现为请求受领

人移转该不动产的占有。在给付物为不动产并且已经办理了过户登记手续的情况下,合同不

成立、

无效、

被撤销或不被追认,

在给付人和受领人之间的关系上,

该不动产的所有权也复归于

给付人,

给付人对受领人享有物的返还请求权。给付人行使物的返还请求权, 表现为请求受领

人办理复原登记,

使该项不动产登记恢复到自己的名下。受领人负有办理复原登记的义务, 申

请不动产登记机关注销自己的不动产所有权登记。复原登记请求权也属于物权请求权。

关于金融不良债权转让合同被确认为无效时的返还,

法发[2

0

0

9]1

9号第 1

0条后段特别规

定:

“人民法院裁判金融不良债权转让合同无效后当事人履行相互返还义务时,应从不良债权

最终受让人开始逐一与前手相互返还,直至完成第一受让人与金融资产管理公司的相互返

还。

”

当然,

当原物不存在,

或虽然存在但就占有原物而认定为“利益”时,给付人可基于不当得

利请求返还,

于此场合,

所谓“返还财产”仅具有债权的效力。

〔
3
3
〕
应当注意的是,
基于不动产物权登记的公示原则和公信原则,
若善意第三人信赖该项登记
并受让了该项不动产,
并且业已办理了移转登记手续,则给付人的物权请求权对抗不了该善意
第三人。
返还财产具有物权效力,
即优先于普通债权的效力。当受领人的财产不足以清偿数个并
存的债权时,
给付人能够优先于其他人获得财产的返还。当原物不存在时,
即无此优先效力。
返还财产为所有物返还时,
返还范围应为受领给付时的原物及其有关收益。应当返还收
益的法律依据为《物权法》第 1
1
6条第 1款前段关于“天然孳息,由所有权人取得;既有所有权
人又有用益物权人的,
由用益物权人取得”的规定。
此处之所以强调返还有关收益,
而未笼统地说返还全部收益,

是因为受领原物者经其努力

而使原物产生的相应收益、

受领原物者的品牌等无形资产而使原物产生的相应收益,应归受领

人享有,

不应返还给给付人。

返还财产因原物不存在而变为不当得利返还时,

返还范围以现存利益为限,

除非受领人为

恶意。

应予注意的是,

在某些情况下,

现行法规定有些可不予返还。例如,法发[2

0

0

9]1

9号第 7

条第 2款规定:

“金融资产管理公司以整体‘资产包’的形式转让不良债权中出现单笔或者数笔

债权无效情形、

或者单笔或数笔不良债权的债务人为非国有企业……受让人请求认定已履行

或已清结部分有效的,

人民法院应当认定尚未履行或尚未清结部分无效,并判令受让人将尚未

履行部分或尚未清结部分返还给金融资产管理公司,金融资产管理公司不再向受让人返还相

应价金。

”

二、

缔约过失责任

合同不成立、

无效、

被撤销或不被追认,

当事人一方因此受有损失,

对方当事人对此有过错

〔

3

3

〕 崔建远:

“关于经济合同无效的探讨”,载《吉林大学社会科学学报》1

9

8

9年第 5期;崔建远:“合同无效与诉讼时

效”,

载《人民法院报》2

0

0

2年 2月 2

2日。

4

的,

应赔偿受害人的损失。这种责任就是缔约过失责任(c

u

l

p

ai

nc

o

n

t

r

a

h

e

n

d

o

)。

缔约过失责任在历史发展过程中,曾被归入违约责任中,也曾被纳入侵权责任体系内,但

在中国法上宜为独立的制度。

〔

3

4

〕应该承认,在现代侵权行为法上,包括法释[2

0

0

3]2

0号第 6

条的规定,

在特殊情况下,

加重了行为人的注意义务,

缔约过失场合也可以构成侵权责任。

缔约过失责任作为独立的制度,不仅因为违约责任制度和传统的侵权行为法功能上的欠

缺,

仅靠它们不能周到地保护缔约人,

而且有以下深层次的原因:

交易是个过程,

起初是双方当

事人开始接触,

尔后是相互洽商,最后是成交。法律保护交易,应该是对整个过程加以全面规

制:

对成交的保护通过赋予合同关系并配置违约责任的途径达到目的;对接触、磋商的保护通

过赋予无主给付义务的法定债之关系并配置缔约过失责任的方式完成任务。

〔

3

5

〕早在 1

8

6

1年,

耶林首次系统、

周密且深刻阐述缔约过失责任:法律所保护的,并非仅是一个业已存在的合同

关系,

正在发生中的合同关系亦应包括在内,否则,合同交易将暴露于外,不受保护,缔约一方

当事人不免成为他方疏忽或不注意的牺牲品!合同的缔结产生了一种履行义务,若此种效力

因法律上的障碍而被排除时,

则会产生一种损害赔偿义务,

因此,

所谓合同无效者,

仅指不发生

履行效力,

非谓不发生任何效力。简言之,当事人因自己过失致使合同不成立者,对信其合同

有效成立的相对人,

应赔偿基于此项信赖而生的损害。

〔

3

6

]

缔约过失责任的成立,

需要具备以下要件:(1)缔约人一方违反先合同义务。所谓先合同

义务,

是自缔约双方为签订合同而互相接触、

磋商开始,

逐渐产生的注意义务,

而非合同有效成

立而产生的给付义务,

包括互相协助、互相照顾、互相保护、互相通知、诚实信用等义务。由于

这些义务系以诚实信用原则为基础,

并随着债的关系的发展而逐渐产生,因而在学说上又称为

附随义务。它一般自要约生效时开始产生,

但在安全保障义务的场合,

则可提前到要约生效之

前。(2)相对人受有损失。该损失仅为财产损失,不包括精神损害。该损失为信赖利益的损

失,

而非履行利益的损失。(3)违反先合同义务与该损失之间有因果联系,即该损失是由违反

先合同义务引起的。(4)违反先合同义务者有过错。这里的过错是对造成合同无效、被撤销、

不被追认、

不成立的原因有过错。有学者认为,缔约过失责任不应当以过失为要件,中国台湾

地区“民法”等即如此认为。不过,

本书认为,

《民法通则》第 6

1条第 1款和《合同法》第 5

8条都

明确规定,

合同等民事行为无效、

被撤销场合的损害赔偿需要当事人的过错,

《合同法》第 4

2条

关于缔约过失责任的规定显然也贯彻了过错责任的思想,

《合同法》第 4

3条的规定也可以解释

为由过错的缔约人承担责任,

所以,按照解释论,还是应当坚持缔约过失责任以过错为成立要

件的观点。

缔约过失责任有如下几种类型:

(1)恶意缔约。《合同法》第 4

2条第 1项关于“假借订立合

同,

恶意进行磋商”的规定,

属于此类。(2)欺诈缔约。《合同法》第 4

2条第 2项关于“故意隐瞒

与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”的规定,属于此类。(3)违反人格和人格尊严

等违背诚实信用原则的缔约(《合同法》第 4

2条第 3项)。(4)不履行报批义务时成立缔约过

失责任。所谓拒不履行报批义务,

是指依照法律、

行政法规的规定经批准或登记才能生效的合

〔

3

4

〕 具体理由,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 4

3

7页以下。

〔

3

5

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 2

8

2~2

8

3页。

〔

3

6

〕 J

h

e

r

i

n

g

sJ

b.

4(1

8

6

1),

S.

I

f

.

转引自王泽鉴:

《民法学说与判例研究》(第 1册),

三民书局 1

9

8

0年版,

第 7

9页。



同成立后,

有义务办理申请批准或申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或合同约定

办理申请批准或未申请登记的,

属于其他违背诚实信用原则的行为(法释[2

0

0

9]5号第 8条前

段,

《合同法》第 4

2条第 3项)。(5)擅自撤销要约时的缔约过失责任。(6)缔约之际未尽通

知、

保密等义务给相对人造成损失时的缔约过失责任(《合同法》第 4

3条等)。(7)缔约之际未

尽保护义务侵害相对人的人身权、

物权时的缔约过失责任。其请求权基础可以定为侵权行为。

(8)合同不成立时的缔约过失责任。对此,现行法虽然尚无明文规定,但在当事人之间不存在

合同、

当事人对此具有过失等方面,

合同不成立与合同无效、

合同被撤销具有共性,

且在缔约过

失制度中处于重要地位,故可以类推《合同法》第 5

8条的规定。况且,境外的若干立法例都承

认合同不成立场合的缔约过失责任。(9)合同无效时的缔约过失责任(《合同法》第 5

8条)。

(1

0)合同被变更或撤销时的缔约过失责任(《合同法》第 5

8条)。(1

1)合同不被追认时的缔约

过失责任。于此场合,类推适用《合同法》第 5

8条的规定,理由如同合同不成立场合的缔约过

失责任。(1

2)无权代理情况下的缔约过失责任(《民法通则》第 6

6条第 1款、

《合同法》第 4

8条

及其解释)。

〔

3

7

〕

需要指出的是,

在某些情况下,

现行法规定不予赔偿。例如,

法发[2

0

0

9]1

9号第 1

0条后段

规定:

“后手受让人直接对金融资产管理公司主张不良债权转让合同无效并请求赔偿的,人民

法院不予支持。

”

缔约过失责任的赔偿范围为“由此产生的费用和给相对人造成的实际损失”(法释[2

0

0

9]

5号第 8条后段),

大多为信赖利益的损失。所谓信赖利益,是指缔约人信赖合同有效成立,但

因法定事由发生,

致使合同不成立、无效、不被追认或被撤销等而造成的损失。它同样包括直

接损失和间接损失。其直接损失计有:

(1)缔约费用,

包括邮电费用、

赶赴缔约地或察看标的物

等所支出的合理费用;

(2)准备履行所支出的费用,包括为运送标的物或受领相对人给付所支

付的合理费用;

(3)受害人支出上述费用所失去的利息。其间接损失为丧失与第三人另订合同

的机会所产生的损失。

〔

3

8

〕

不过,

对于缔约过失责任,

现行法在个别场合也承认了对履行利益的损害赔偿。例如,法

释[2

0

1

0]9号第 6条第 2款规定:

“转让方和外商投资企业拒不根据人民法院生效判决确定的

期限履行报批义务,

受让方另行起诉,请求解除合同并赔偿损失的,人民法院应予支持。赔偿

损失的范围可以包括股权的差价损失、

股权收益及其他合理损失。

”

应予注意的是,

现行法对某些合同无效场合的赔偿范围设有限制,

如法发[2

0

0

9]1

9号第 7

条第 1款第 2句末规定:

“受让人要求转让人赔偿损失,赔偿损失数额应以受让人实际支付的

价金之利息损失为限。

”

三、

行政处罚

合同无效可产生追缴财产、

罚款等行政处罚。关于追缴财产的条件,《民法通则》第 6

1条

第2款规定为“双方恶意串通,
实施民事行为损害国家的、
集体的或者第三人的利益”;
《合同法》
〔
3
7
〕 崔建远:
《合同责任研究》,
吉林大学出版社 1
9
9
2年版,
第 2
8
9~2
9
2页。
〔
3
8
〕 这个方面存在的分歧和辨析,
参见崔建远:
《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,第 4

4

7

页以下。

6

8　合同法(第六版)

第 5

9条亦然。学说认为,

不必强求双方恶意串通,

当事人一方或双方在主观上为故意,无效合

同违反国家利益或社会公共利益的,

即可追缴财产。因为追缴财产作为行政处罚,

是对损害国

家利益或社会公共利益的行为的惩罚,

至于这种损害是一方故意还是双方故意造成的,并不重

要。追缴谁的财产?应追缴故意一方当事人的财产,不论是已经交付的还是约定交付的。双

方当事人均为故意时,

追缴双方当事人的财产,此时,追缴财产排斥返还财产。追缴的财产应

归属于受害人,

或是国家,

或是集体,

或是第三人。

〔

3

9

〕

〔

3

9

〕 崔建远:

“关于经济合同无效的探讨”,

载《吉林大学社会科学学报》1

9

8

9年第 5期。

第六章　合同的履行

第一节　合同的履行概述

一、

合同履行的概念

合同的履行,

是指债务人全面地、适当地完成其合同义务,债权人的合同债权得到完全的

实现。也有学者认为,

合同的履行是指债务人依债务本旨而实现债务内容的给付。

〔1〕 如交付

约定的标的物,

完成约定的工作并交付工作成果,

提供约定的服务等。

合同的履行是债务人完成合同债务的行为,即所谓的债务人为给付行为。这是合同目的

的基本要求。没有债务人完成合同债务的行为,就不会有债权人达到成立合同目的的结果。

但是,

债务人履行合同债务的行为未必总能使债权人达到成立合同的目的,未必总能使债权人

实现其债权。

由此看来,

合同的履行应是债务人全面地、适当地完成合同债务,使债权人实现其合同债

权的给付行为和给付结果的统一。因为合同关系存在的法律目的,乃是将合同债权转变成物

权或与物权具有相等价值的权利,

乃是债务人约定给付使债权人获得满足、

获得给付结果。进

而言之,

就是“履行并非指债务人之给付行为,履行重结果,给付仅系履行之手段,必须债权人

实际获得给付结果,

才能谓之‘履行’”。

〔2〕

二、

合同履行的意义

在许多情况下,

如承揽合同、

建设工程合同、运输合同、劳动合同等,其履行不单指最后的

交付行为,

而是包括一系列行为及其结果的总和。

〔3〕 合同履行这一特征的法律意义在于:一方

面,

它能使当事人自合同成立生效之时起,就关注自己和相对人履行合同义务的概况,确保合

同义务得到全面、

正确的履行;

另一方面,

“它能使当事人尽早发现对方不能履行或不能完全履

行合同义务的情况,

以便采取相应的补救措施,避免使自己陷入被动和不利,防止损失的发生

或扩大”。

〔4〕

从合同效力方面观察,

合同的履行是依法成立的合同所必然发生的法律效果,

并且是构成

合同法律效力的主要内容。因此,

许多立法例把合同的履行规定在债的效力或合同的效力标

〔1〕 [日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 3

2

9页。

〔2〕 林诚二:

“论债之本质与责任”,

载《中兴法学》1

9

7

8年第 1

3期。

〔3〕 黄欣:

“关于经济合同的履行问题”,

载《北京政法学院学报》1

9

8

2年第 2期。

〔4〕 苏惠祥主编:

《中国当代合同法论》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

4

3页。

8



题下。但从合同关系消灭的角度观察,债务人全面而适当地履行合同,导致了合同关系的消

灭;

合同的履行是合同关系消灭的原因,并且是其正常消灭的原因。因此,合同的履行又称作

债的清偿。有些立法例把合同的履行规定为债的消灭的原因,同时又将其作为合同消灭的原

因,

以“清偿”的称谓详加规定。

合同的履行不仅是合同的法律效力的主要内容,而且是整个合同法的核心。合同的成立

是合同履行的前提,

合同的法律效力既含有合同履行之意,又是合同履行的依据和动力所在。

合同的担保是促使合同履行,

保障债权实现的法律制度。合同的保全可起到间接强制债务人

履行合同的作用。合同债权债务的转让只不过是对履行主体的变更,并不是对合同履行的否

定。合同的解除系为适应变化了的主客观情况而设置的消灭合同关系的制度,它虽与合同的

履行对立,

但在尽可能地保护当事人的合法权益这点上,

两者又目标一致。违约责任既是违约

的补救手段,

又是促使债务人履行合同的法律措施。

## 第二节　合同履行的原则

合同履行的原则,

是当事人在履行合同债务时所应遵循的基本准则。在这些基本准则中,
有的是基本原则,

如诚实信用原则、

公平原则、

平等原则等;

有的是专属于合同履行的原则,

如适

当履行原则、

协作履行原则、

经济合理原则、

情事变更原则等。对于其基本原则,

此处不再赘述。

### 一、

### 适当履行原则

适当履行原则,

又称正确履行原则或全面履行原则,

是指当事人按照合同规定的标的及其

质量、

数量,

由适当的主体在适当的履行期限,履行地点,以适当的履行方式,全面完成

合同义

务的履行原则。对此,

《合同法》第 6

0条第 1款的表述为:

“当事人应当按照约定全面履行自己

的义务。

”

适当履行与实际履行既有区别又有联系。实际履行强调债务人按照合同约定交付标的物

或提供服务,

至于交付的标的物或提供的服务是否适当,

则无力顾及。适当履行既要求债务人

实际履行,

交付标的物或提供服务,又要求这些交付的标的物、提供的服务要符合法律的规定

和合同的本旨。可见,

适当履行必然是实际履行,

而实际履行未必是适当履行。适当履行场合

不会存在违约责任,

实际履行不适当时则会产生违约责任。

适当履行原则所要求的履行主体适当、

履行标的适当、

履行期限适当、

履行方式适当等,将

在第三节中详述。

二、

协作履行原则

协作履行原则,

是指当事人不仅应当适当履行自己的合同债务,

而且应基于诚实信用原则

的要求,

在必要的限度内,

协助相对人履行债务的履行原则。《合同法》第 6

0条第 2款关于“当

事人应当遵循诚实信用原则,

根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务”

的规定,

体现了协作履行原则。



合同的履行,

若只有债务人的给付行为,没有债权人的受领给付,合同的内容仍难实现。

不仅如此,

在建设工程合同、

技术开发合同、技术转让合同、提供服务合同等场合,债务人实施

给付行为也需要债权人的积极配合,

否则,

合同的内容也难以实现。因此,

履行合同,

不仅是债

务人的事,

也是债权人的事,

协助履行往往是债权人的义务,只不过该义务有时表现为给付义

务,

有时表现为不真正义务。只有双方当事人在合同履行的过程中相互配合、相互协作,合同

才会得到适当履行。有学说认为,

在履行需要债权人的合作时,当债务人实施履行,但因没有

债权人的合作而不能完成履行时,

即应免除债务人不履行的责任。

〔5〕

协作履行是诚实信用原则在合同履行方面的具体体现。一方面需要双方当事人之间相互

协助,

另一方面也表明协助不是无限度的。一般认为,

协作履行原则含有如下内容:

(1)债务人

履行合同债务,

债权人应适当受领给付。(2)债务人履行合同债务,时常要求债权人创造必要

的条件,

提供方便。(3)债务人因故不能履行或不能完全履行时,

债权人应积极采取措施,

避免

或减少损失,

否则还要就扩大的损失自负其责。

协作履行原则并不漠视当事人的各自独立的合同利益,

也不降低债务人所负债务的力度。

那种以协作履行为借口,

加重债权人负担,

逃避自己义务的行为,

是与协作履行原则相悖的。

三、

经济合理原则

经济合理原则要求履行合同时,

讲求经济效益,

付出最小的成本,

取得最佳的合同利益。

在履行合同中贯彻经济合理原则,

表现在许多方面:(1)债务人选择最经济合理的履行方

式。这在货物运输合同中体现得较为突出。例如,在时间允许、安全有保障的情况下,为节省

运费应当选择水路运输或铁路运输,

而不应采用航空运输的方式。(2)选用设备体现经济合理

原则。例如,

在技术开发、

建设工程施工等合同的场合,自制或承租或选购造价或租金或价格

适当的设备完全可以保质保量地完成合同任务,

就没必要选购价格高昂的设备,以实现经济合

理原则。或者自制在成本方面高于采购的,就应当采购设备,不然,就违反

了经济合理原则。

(3)选择履行期体现经济合理原则。例如,买卖物为时令蔬菜的合同中,买受人在交付期限方

面没有特别要求的话,

依农时蔬菜的成熟期作为交货期间,显然会使价格大为降低。(4)选择

材料体现经济合理原则。例如,

在建设工程施工合同的场合,某些建筑物、构筑物及其附属设

施的部位不必采用最高标准的建筑材料,承包人采用相对低些标准的技术工程允许的建筑材

料,

符合经济合理原则。在该合同的计价不采取包工包料的情况下,

这更有意义。(5)在仓储、

保管、

货运、

行纪、

委托等合同的场合,

所涉物品属于容易腐烂、

变质的,

保管人或承运人或行纪

人或受托人发现所涉物品将要甚至已经腐烂、

变质的,应及时告知存货人或寄存人或托运人或

收货人或委托人,

来不及告知的,应及时地、合理地处分上述物品,都体现了经济合理原则。

(6)变更合同体现经济合理原则。法律允许变更到货地点、

收货人,

即为例证。

四、

情事变更原则

(一)概说

情事变更原则,

是指合同依法成立后,

因不可归责于双方当事人的原因发生了不可预见的

〔5〕 [日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 3

3

0页。

0

9 合同法(第六版)

情事变更,

致使合同的基础丧失或动摇,若继续维持合同原有效力则显失公平,允许变更或解

除合同的原则。

法释[2

0

0

5]6号第 1

6条、

《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》第

2

7条,

尤其是法释[2

0

0

9]5号第 2

6条关于“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同

时无法预见的、

非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人

明显不公平或者不能实现合同目的,

当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当

根据公平原则,

并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除”〔6〕的规定,

都体现了情事变更

原则。这样规定其合理性,

因为法律一经生效,就应具有相对稳定性,否则,人们就无所遵循, 从而导致社会秩序的紊乱;

法律是社会物质生活条件的反映并为之服务,当社会物质生活条件

发生变化之后,

法律也应随之修正,

这就是法律的适应性。据此,

合同依法成立之时,

存在一个

当事人信赖的客观环境,

当事人在合同中约定的权利义务应与这种客观环境相适应。权利义

务的对等,

是就该环境而言的。在合同成立之后,该客观环境发生改变或不复存在时,原来约

定的权利义务与新形成的客观环境即不适应,要求当事人继续履行合同就不再公平合理。只

有对合同加以改变乃至解除,

才符合适应性原理,才符合诚实信用原则的要求,才能实现实质

的公平。

(二)情事变更原则的适用条件

1.

须有情事变更的事实。所谓情事,

泛指作为合同成立基础或环境的客观情况,如合同订

立时的供求关系。这里的变更,

是指上述客观情况发生了异常变动。例如,

战争引起严重的通

货膨胀。具体判断是否构成情事变更,应以是否导致合同基础丧失、是否致使目的落空、是否

造成对价关系障碍为判断标准。

〔7〕

2.

情事变更须发生在合同成立以后,履行完毕之前。之所以要求情事变更须

发生在合同

成立以后,

是因为若情事变更在合同订立时即已发生,则应认为当事人已经认识到发生的事

实,

合同的成立是以已经变更的事实为基础的,不允许事后调整,只能令明知之当事人自担风

险。

〔8〕即使有证据表明当事人于订立合同时确实不知情事已经变更,也仍然不构成情事变更, 而应依据意思表示错误的规则处理。之所以要求情事变更须发生在履行完毕前,是因为合同

因履行完毕而消灭,

其后发生情事变更与合同无关。

3.

须情事变更的发生不可归责于当事人,即由不可抗力及其他意外事故引起。若可归责

于当事人,

则应由其承担风险或违约责任,

而不适用情事变更原则。

4.

须情事变更须是当事人所不可预见的。如果当事人在缔约时能够预见情事变更,则表

明他承担了该风险,

不再适用情事变更原则。

5.

须情事变更使履行原合同显失公平。该显失公平应依理性人的看法加以判断,包括履

行特别困难、

债权人受领严重不足、

履行对债权人无利益。

情事变更不同于商业风险。其一,商业风险属于从事商业活动所固有的风险。在商业风

〔6〕 当然,

该司法解释存在着缺点。这方面的剖析见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,第

1

1页以下。

〔7〕 梁慧星:

《中国民法经济法诸问题》,

法律出版社 1

9

9

1年版,

第 2

2

6页。

〔8〕 王利明、

崔建远:

《合同法新论·总则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

6年版,

第 3

2

5~3

3

5页。



险中作为合同成立基础的客观情况的变化没有达到异常的程度,一般的市场供求变化、价格涨

落等属于此类;

而情事变更则是作为合同成立基础的环境发生了异常的变动。其二, 对商业风

险,

法律推定当事人有所预见,

能预见;

对情事变更,

当事人未预见到,

也不能预见。其三,商业

风险带给当事人的损失,

从法律的观点看可归责于当事人;

而情事变更则不可归责于当事人。

(三)情事变更原则适用的效果

情事变更原则在实体法上的效果:

(1)“再交涉义务”。学说认为,

在适用情事变更原则时,

受有不利益的当事人可以要求相对人就合同内容重新协商,协商成功固然可喜,达不成一致意

见也属正常,

只要是依据诚实信用原则进行了交涉,

就足够了。当事人一方悖于诚实信用与公

平交易的原则,

拒绝协商或终止协商,

致使对方遭受损害的,法院可以判令损害赔偿。

〔9〕 但法

释[2

0

0

9]5号第 2

6条没有赋予情事变更原则以这项效果。(2)变更合同,使合同的履行公平

合理。变更合同可表现为增减标的数额、延期或分期履行、拒 绝 先 为 履 行、变 更 标 的 物。

〔

1

0

〕

(3)解除合同。变更合同仍不能消除显失公平的结果的,

允许解除合同。

情事变更原则在程序法上的效果:

(1)职权主义抑或当事人主义?传统上采取法院依职权

公平裁量,

变更或解除合同的模式。有学说主张由当事人申请法院增减给付或变更其他原有

的效果,

即采取当事人主义。(2)形成判决抑或确认判决?因适用情事变更原则,需要法官在

裁判权范围内进行价值判断,

才能完成工作,所以,称确认判决不适当,而应是形成判决,即以

裁判变更原来的合同关系,

系一项形成性干预。

〔

1

1

〕

第三节　合同履行的规则

一、

履行主体

合同履行的主体,

首先为债务人,包括单独债务人和共同债务人。其次,债务人的代理人

也可代债务人为履行。在某些情况下,

第三人亦可成为履行主体。

(一)债务人或其代理人

债务人履行时是否必须具有行为能力,由履行行为的性质决定。履行行为系事实行为的

(如在买卖 A车的合同场合,

出卖人交付 A车,在不奉行物权行为理论的立法例上,属于事实

行为),

不要求债务人具有行为能力;

是法律行为的(如在委托合同的场合,若委托事务为受托

人代为购买 A房,

则受托人履行该委托合同项下的债务即为代委托人与出卖人签订买卖 A房

的合同),

要求债务人有行为能力。债务人为限制行为能力者,实施法律行为需要其法定代理

人的同意。此外,

债务的履行需要债务人通过移转财产权利的方式来实施的,

需要债务人对该

项财产拥有处分权。

〔9〕 韩世远:

“情事变更原则研究”,

载《中外法学》2

0

0

0年第 4期。

〔

1

0

〕王利明、

崔建远:

《合同法新论·总则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

6年版,

第 3

2

5~3

3

5页。

〔

1

1

〕彭凤至:

《情事变更原则之研究》,

五南图书出版有限公司 1

9

8

6年版,

第 6

0页;

韩世远:

“情事变更原则研究”,

载《中

外法学》2

0

0

0年第 4期。

2

9　合同法(第六版)

除法律规定、

当事人约定、

性质上必须由债务人本人履行的债务以外,履行可由债务人的

代理人进行。在由代理人履行的情况下,

代理人不必是完全行为能力人,

该代理人在履行阶段

所为或所受意思表示的效力,

不因该代理人属于限制行为能力人而发生变化。

(二)第三人

合同约定由第三人履行债务的,法律保护这种约定(参见《合同法》第 6

5条等条文的规

定)。这既是意思自治原则的体现,又是因为合同债务的适当履行有利于
债权人实现其债权, 就债权而言,

债权若可获得满足,

履行行为究竟是由债务人所为抑或由第三人所为,

已不重要。

不过,

需要注意的是,

在下述情况下,

债务不得由第三人履行:

(1)当事人之间事先约定,

债务不

得由第三人履行。但该第三人就债务履行与当事人有利害关系的, 仍可由第三人履行。还有,

关于债务不得由第三人履行的约定,若系以侵害他人为主要目的者,则属于权利滥用,该约定

应归无效。(2)第三人与债务履行无利害关系,经债务人异议后,债权人拒绝该第三人履行。

在这种情况下,该第三人不得履行债务,即使硬性履行,也不发 生 清 偿 (消 灭 债 务)的 效 果。

(3)依债务性质不得由第三人履行。如果债务以某一身份专属的给付为其标的, 如聘请歌星演

唱或邀请学者演讲,

那么其履行行为属于第三人所不能代替的,

不得由第三人履行。

第三人有狭义和广义之分。狭义上的第三人,

限于具有独立人格的第三人,

如《合同法》第

6

5条规定的第三人,

代为清偿制度中的第三人等。广义上的第三人,除了狭义上的第三人外,还包括履行辅助人。所谓履行辅助人,

是指辅助债务人履行债务的人。在债务履行人的名义、

清偿效果和责任承担方面,

履行辅助人不具有独立的法律人格,其履行行为在名义上仍被视为

债务人的履行,

清偿效果是消灭债务人对债权人所负的债务,不完全履行、迟延履行等债务不

履行的责任由债务人承担。

至于连带债务人或不可分债务人,是否属于与履行有利害关系的第三人,通说主张,此处

所谓的第三人,

是指共同债务人以外的第三人。保证人、连带债务人负有自己的债务,其本身

即为债务人,

并非第三人。

〔

1

2

〕

(三)受领人

履行合同只有在债权人受领时才能顺利地进行和完成。债权人享有给付请求权及受领

权,

当然有权受领给付,

但有如下例外:

(1)债权人的债权经强制执行,禁止债务人向债权人为

履行的;

(2)债权人受破产宣告的;

(3)在履行行为属于法律行为的情况下,债权人已经成为无

行为能力或限制行为能力的人。不过,

在第三种情况下,

可由债权人的法定代理人受领。

债权人的代理人可以代为受领给付,受托人、清算人、质权人、破产管理人、代位权人等亦

然,

持有债权人签名的收据的人也可以受领给付。

合同约定由第三人受领给付的,

依其约定(《合同法》第 6

4条)。

二、

履行标的

(一)概说

履行标的,

是指债务人应为履行的内容。它因合同关系的不同而呈现出差异,如交付财

〔

1

2

〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4
4
6页;
林诚二:
《民法债编总论—
—
—体系化
解说》,
中国人民大学出版社 2
0
0
3年版,
第 5
2
6~5
2
7页。



物,
移转权利,
提供劳务,
完成工作等。履行标的应根据这些具体内容加以确定。
履行必须依债务的本旨进行,

而不得任意变更。因而仅为一部分履行,

或不以原定给付为

履行,

或因履行而负新债务,

均非依债务本旨而为履行,不发生清偿使合同消灭的效力。债务

人或因支付能力有限,

有时不能完全依债务的本旨履行,此时若仍绝对贯彻上述须依债务本旨

履行而不得变更的思想,不取救济之道,则对债务人有些苛刻,对债权人的保护,也不见得有

利,

甚至可能遭受债权无法实现的恶果。有鉴于此,法律应当允许当事人采取延缓履行、提前

履行、

部分履行、

代物清偿、

新债清偿、债的更改等补充救济措施。以下就部分履行、代物清偿

诸救济措施予以简要的介绍和探讨。

(二)部分履行

部分履行,

从另一个角度描述,

就是分期履行。《合同法》第 7

2条第 1款规定:“债权人可

以拒绝债务人部分履行债务,

但部分履行不损害债权人利益的除外。

”由此可知部分履行应当

符合以下要件:

(1)部分履行的债务须为可分债务。部分履行是否可行,须看债务是否可分。

债务不可分的,

部分履行会损害债权人的利益,

不应被允许,

除非债权人同意部分履行,

愿意承

担由此带来的不利。债务可分,

且部分履行不损害债权人利益的,应予允许部分履行。(2)部

分履行不损害债权人的利益。即使债务可分,部分履行也未必不损害债权人的利益。在部分

履行损害债权人利益的情况下,债权人有权拒绝债务人的部分履行。只有在部分履行不损害

债权人利益的情况下,

才可允许部分履行。(3)债务人提出了部分履行的请求。

(三)代物清偿

1.

代物清偿的界定和构成

代物清偿,

是指债权人受领他种给付以代原定给付而使合同关系消灭的行为。其构成要

件如下:

(1)必须有原债务存在;

(2)必须以他种给付代替原定给付,两种给付在价值上可以有

差额,

但须经双方当事人约定;

(3)必须有双方当事人关于代物清偿的合意;(4)必须债权人等

有受领权的人现实地受领他种给付。所谓现实地受领他种给付,在他种给付为移转不动产所

有权时,

仅仅有表示移转的意思尚不足够,

必须要办理移转登记手续,

完成交付,

才算成立代物

清偿。

〔

1

3

〕 在他种给付为移转动产所有权时,需要将该动产交付。这反映出代物清偿作为实践

合同(要物合同)的特质。

2.

代物清偿的效力

代物清偿合同成立,

原债的关系归于消灭,债权的从属权利(如担保权)亦不存在,纵使代

物清偿的他种给付存有瑕疵,

原债权亦不复生,债权人也不能请求债务人为无瑕疵的给付,只

得依据代物清偿合同的有偿性主张瑕疵担保责任。换句话说,代物清偿仅发生债的本体消灭

的效力,

并不能说当事人之间不存在其他的法律关系,因其为有偿合同,故法律关

于买卖合同

中瑕疵担保的规定,

在代物清偿合同场合有准用的余地。但法律关于买卖合同中债权人受领

标的物义务、

价款支付义务、

风险负担等规定,

则在代物清偿合同中不予准用。

〔

1

4

〕

〔

1

3

〕[日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 3

7

3页。

〔

1

4

〕 郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

8

4~4

8

5页;

[日]於保不二

雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 3

8

1页;

邱聪智:

《新订民法债编通则》

(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

5

3页;

林诚二:《民法债编总论—

—

—体系化解说》,中国人民大学出版社

2

0

0

3年版,

第 5

3

9页;

王利明:

《合同法研究》(第 2卷)(修订版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 2

8

1页。

4

9 合同法(第六版)

连带债务人、

不可分债务人一人所为的代物清偿,

得使其他债务人一同免责。保证中因保

证人或主债务人为代物清偿而使两个债务一同消灭。

代物清偿毕竟不是清偿,

只是类推适用法律关于清偿的规定,以他种给付代替原定给付,

消灭原债关系,

该效力源自代物清偿合同。在这样的背景下,

不妨碍当事人双方以协议解除的

方式动摇代物清偿合同的这种效力。

〔

1

5

〕

3.

中国法及其理论、

实务的态度

对于代物清偿,

《合同法》尚无明文规定加以规范,没有明确其构成要件,欠缺对其法律效

果的规范,

这表明它在《合同法》上为非典型合同。对其称谓,

人们也大多冠以以物抵债或以物

抵债合同等名称,

不愿称其为代物清偿。当然,学说认为,《物权法》第 1

9

5条第 1款等条文关

于抵押权实行时抵押权人与抵押人协议以抵押财产折价的规定,

实际上承认了代物清偿。

实务中的以物抵债,

可分为两种情形:一种是当事人双方之间已就以物抵债达成了协议, 且已经将该抵债之物现实地交付给了债权人,这符合德国、日本、中国台湾地区的民法所说的

代物清偿;

另一种是双方当事人仅就以物抵债达成了一致意见,却没有现实地交付该物的行

为,

表现为诺成性。就普遍性、

常见性来讲,

后者在中国实务中最为常见,

代物清偿在中国的实

务中倒不占多数。

对于只有双方当事人的合意而无债权人现实地受领给付事实的以物抵债合同,若按照代

物清偿制度的规格衡量,

则它们会因债权人未现实地受领抵债之物而不能成立,从而不具有合

同有效及履行的法律效力。如此处理,

有时会损害债权人的合法权益,

与鼓励交易原则未尽相

合,

也不恰当地削弱了意思自治原则的功效。实务中很少这样操作,

而是认定这样的以物抵债

合同已经成立,

在它们不存在违反法律、行政法规的强制性规定的情况下,也认定它们有效。

本书作者赞同实务界的这种处理模式。

〔

1

6

〕

三、

履行地点

履行地点,

是指债务人应为履行行为的地点。在履行地点为履行,只要适当,即发生合同

消灭的效力。在其他地点为履行则否。

当事人在合同中明确约定履行地点的,依其约定(既可以在合同订立当时

约定,也可在合

同成立后履行债务前约定);

没有约定或约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的, 按照合同有关条款或交易习惯确定(《合同法》第 6

1条)。

当事人为多数人的,

可以各自约定不同的履行地点。同一个合同中的数个给付不必约定

相同的履行地点,

尤其是双务合同中的两个债务,可以有两个履行地点。即使是一个债务,也

可以约定数个履行地点,

以供当事人选择。

履行地点可由 交 易 习 惯 确 定 (《合 同 法 》第 61条 )。 存 在 关 于 履 行 地 点 的 交 易 习 惯

的,应遵从习惯,除非当事人之间另有约定。车站、码头的物品寄存,应在该寄存 场 所 履 行

债务。

履行地点可依合同的性质确定。例如,

不作为债务的履行地点应为债权人的所在地。

〔

1

5

〕[日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 3

8

1页。

〔

1

6

〕 详细论述,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 3

6~3

7页。



履行地点,

法律有特别规定时,

依其规定。例如,

《票据法》(2

0

0

4年)第 2

3条第 3款规定:

“汇票上未记载付款地的,

付款人的营业场所、

住所或者经常居住地为付款地。

”

在按上述规则仍不能确定履行地点时,

应按照《合同法》第 6

2条第 3项关于“履行地点不

明确,

给付货币的,

在接受货币一方所在地履行;交付不动产的,在不动产所在地履行;其他标

的,

在履行义务一方所在地履行”的规定处理。

四、

履行期限

(一)概说

履行期,

或清偿期,

《合同法》称之为履行期限(第 1

2条第 1款第 6项等),

是指债务人依约

或依法必须履行其债务的时间。在非继续性合同场合,履行期仅为一个时间点,而非一段期

间;

在继续性合同场合,

某些债务(如承租人交付租金的义务)的履行期仅为一个时间点,而有

一些债务(如房屋出租人移转租赁物使用权的义务)的履行期则为一段期间。

〔

1

7

〕

(二)履行期的确定

履行期,

合同有约定时,

依其约定。当事人在合同中可以约定将一宗债务划分为若干个部

分,

每个部分各有一履行期;

还可以约定数个履行期,

届时可以选择确定;

在双务合同中可分别

约定两个对立债务的履行期。

履行期,

法律有规定时,

依其规定。例如,

《深圳经济特区土地使用权出让办法》第 2

7条规

定:

“中标者应在合同生效之日起六十日内付清全部地价款。

”

履行期,

还可依债务的性质确定。例如,

在饭店预订酒席,

依其性质,

宴客之日为履行期。

依上述规则仍不能确定履行期的,

应按照《合同法》第 6

1条及第 6

2条第 4项关于“履行期

限不明确的,

债务人可以随时履行,债权人也可以随时要求履行,但应当给对方必要的准备时

间”的规定加以确定。

就建设工程施工合同的履行期的认定,

法释[2

0

0

4]1

4号设有如下特殊的规定,

在建设工程

施工合同场合应当优先适用:

当事人对建设工程实际竣工日期有争议的,按照以下情形分别处

理:

(1)建设工程经竣工验收合格的,

以竣工验收合格之日为竣工日期;(2)承包人已经提交竣

工验收报告,

发包人拖延验收的,

以承包人提交验收报告之日为竣工日期;

(3)建设工程未经竣

工验收,

发包人擅自使用的,以转移占有建设工程之日为竣工日期(第 1

4条)。利息从应付工

程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的,下列时间视为应付款时间: (1)建设工程已实际交付的,

为交付之日;

(2)建设工程没有交付的,

为提交竣工结算文件之日;

(3)建设工程未交付,

工程价款也未结算的,

为当事人起诉之日(第 1

8条)。

(三)履行期的类型及意义

履行期有为债务人利益的,

如在无利息的借款合同中,借款人可以随时偿还本金,出借人

不得于履行期前请求偿还;有为债权人利益的,如在无偿保管合同中寄存

人可提前领取保管

〔

1

7

〕我国民法通说认为,

即使在一时性债的关系场合,

履行期也包括一个时间点和一段期间两种情况。这不同于德国、

日本和中国台湾地区的民法规定及其学说。比较而言,

在一时性债的关系中,将履行期界定为一个时间点,而非一

段期间,

优点更多。于是,

本书作者放弃了通说,

改采目前的观点。对这个问题的详细分析,参见崔建远:《合同法

总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 6

2页以下。



物、

随时领取保管物;

也有兼为债务人和债权人利益的,如在附利息的借款合同场合,出借人不得强要借款人期前受领借款,同时借款人不得请求期前支付借款。〔18〕不同种类的履行期遵循的履行规则有所差异,所生的法律效果也不尽相同。〔19〕

(四)履行期与合同的存续期限的区别

履行期不同于合同的存续期限。合同的存续期限,在继续性合同中最有价值,存续期限越长,继续性合同项下的权利义务在量的方面就积累越多,在对价一定的前提下,当事人应当力争约定较长的存续期限。在非继续性合同场合,合同的存续期限所起的作用则有限。但是,也不得否认合同的存续期限在非继续性合同中的意义。(1)在特定物买卖等

合同中, 由于不可抗

力等客观原因造成不能履行,

并且该状态一直持续到该合同的存续期限届满,那么,该合同关

系归于消灭,

且不产生违约责任。与此不同,在该合同的存续期限尚未届满的情况下,不可抗

力等客观原因消失,

债务人可以履行合同义务却不履行,则成立违约责任。(2)在合同附停止

条件、

附始期的情况下,若一直到该合同的存续期限届满,停止条件也未成就,或始期没有届

至,

则该合同归于消灭,

也不成立违约责任。与此不同,在该合同的存续期限尚未届满的情况

下,

所附停止条件成就或始期届至,债务人有义务开始履行其债务,若不履行,则成立违约责

任。

五、

履行方式

履行方式,

是完成合同义务的方法,如标的物的交付方法,工作成果的完成方法,运输方

法,

价款或酬金的支付方法等。履行方式与当事人的权益有着密切的关系,履行方式不符合要

求,

有可能造成标的物缺陷、

费用增加、

迟延履行等后果。

〔

2

0

〕

合同有关于履行方式的约定的,

依其约定;

无此约定的,

宜采取公平合理的方式履行,履行

方式依《合同法》第 6

1条的规定及第 6

2条第 5项关于“履行方式不明确的,

按照有利于实现合

同目的的方式履行”的规定予以确定。

六、

履行费用

合同履行的费用,

是指履行所需要的必要费用。例如,

物品交付的费用,

物品运送的费用,

金钱邮汇的邮费,

但是不包括合同标的本身的价值。在通常情况下,履行费用有运送费、包装

费、

汇费、

登记费、

通知费等。对于履行费用的负担,

当事人有约定的依其约定;

如无约定,则按

《合同法》第 6

1条的规定,

双方当事人可协议补充;

不能达成补充协议的,

按照有关条款或者交

易习惯确定。如此仍不能确定的,

按《合同法》第 6

2条第 6项关于“履行费用的负担不明确的,

由履行义务一方负担”的规定处理。另外,

因债权人变更住所或其他行为而导致履行费用增加

的,

增加的费用应由债权人负担。例如,债权人受领延迟而致使履行费用增加,债权人请求对

物品特别包装而增加费用,

债权人请求将物品送往履行地之外的地点而增加费用,因债权转移

〔

1

8

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 7

4

9页。史尚宽先生在该页注释中介绍,日本多数说

和判例认为,

在附利息的借款合同中,

出借人可以抛弃期限利益,

但应赔偿借款人所受的损失。

〔

1

9

〕详细分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 6

8页以下。

〔20〕隋彭生:《合同法论》,法律出版社1997年版,第309页。



而增加费用等,依公平原则这些均应由债权人负担。

## 第四节　涉及履行的抗辩及抗辩权

### 一、涉及履行的抗辩及抗辩权的体系及作用

如前所述,本书将非继续性债务的履行期界定为一个时间点,于此时间点债务人必须履行其债务;对于继续性债务,

有些债务(如承租人交付租金的义务)的履行期界定为一个时间点, 而有一些债务(如房屋出租人移转租赁物使用权的义务)的履行期则为一段期间。

〔

2

1

〕

涉及履行的抗辩及抗辩权,

是指在符合法定条件时,当事人一方对抗相对人的履行请求,

暂时拒绝履行其债务的抗辩或抗辩权。它包括附停止条件的抗辩、

附始期的抗辩、

履行期尚未

届至的抗辩、

履行期尚未届满的抗辩、

不当履行的抗辩权、

〔

2

2

〕

时效完成的抗辩权、

同时履行抗辩

权、

先履行抗辩权、不安抗辩权、留置权的行使〔23〕等。其中的附停止条件的抗辩、附始期的抗

辩、

时效完成的抗辩权等,在专家学者间已经形成共识,无须多言;对于履行期

尚未届至的抗

辩、

履行期尚未届满的抗辩,

有学者表示怀疑,

需要辨明。

之所以说存在着履行期尚未届至的抗辩,

是因为债务人在给付期之前并不负给付义务,

债

权人如在给付期之前请求给付,

债务人即得以给付期尚未届至为由,

拒绝给付。

〔

2

4

〕因为债务具

有中性,

不含有道德和法律的否定性评价,不得被强制执行,所以产生《合同法》第 1

1

0条、第

1

1

1条限定的情况—

—

—法律上或事实上不能履行、债务的标的不适于强制履行或履行费用过

高、

债权人在合理期限内未要求履行;

只有在行为债务以外的债务被迟延履行、

不完全履行、

拒

绝履行且债务人能够履行的情况下,

才可强制执行。

〔

2

5

〕这从一个侧面表明,在债务履行期届至

前,

债务人有权拒绝债权人的给付请求,

即存在着履行期尚未届至的抗辩。

之所以说存在着履行期尚未届满的抗辩,是因为迟延履行系债务人于履行期届满仍未履

行债务的现象。这表明,

在履行期届满前,债务人不履行债务,不构成迟延履行。既然不构成

〔

2

1

〕明确这点,

具有多方面的意义,

详细分析,

参见崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,第

7

5页以下。

〔

2

2

〕[德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国债法总论》,

杜景林、

卢谌译,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 3

5

6页。

〔

2

3

〕[德]迪特尔·施瓦布:

《民法导论》,

郑冲译，
法律出版社 2
0
0
6年版，
第 6
0
3页以下。
〔
2
4
〕 孙森焱：
《民法债编总论》(下册)，
法律出版社 2
0
0
6年版，
第 4
4
6页。
〔
2
5
〕 对于行为债务，

若要直接强制执行,

则涉及是否侵犯人的行为自由的问题。一种观点认为,按照现代伦理,人的行

为自由至高无上,

不得强制。另一种观点主张,

人的行为自由固然位阶甚高,但并非绝对禁止法院裁判债务人继续

履行其行为债务,

在债权人请求债务人继续履行行为债务的情况下,主审法院仍可裁判债务人继续履行其行为债

务,

如裁判债务人与预约人签订本约,

或履行装修服务的义务,或履行继续施工的义务等,只不过法院同时或其后

要裁判:

债务人假如仍然拒绝履行此类行为债务,

则须承担一定的损害赔偿金,甚至是惩罚性损害赔偿,以儆效尤。

折中说在赞同第二种观点的基础上,

增加主审法院可以裁判代替履行的路径,当然也可直接裁判以损害赔偿甚至

惩罚性损害赔偿代替直接强制[参见杨与龄编著:

《强制执行法论》,

中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,第 1

0页;郭兵

主编:

《强制执行论》,

人民法院出版社 2

0

1

0年版,

第 2

2

0~2

2

1页;杨荣馨主编:《〈中华人民共和国强制执行法(专

家建议稿)〉立法理由、

立法例参考与立法意义》,

厦门大学出版社 2

0

1

1年版,

第 5

0

9页]。本书作者赞同折中说。



迟延履行,

就不承担违约责任,

这说明债务人享有履行期尚未届满的抗辩。

〔

2

6

〕对此,举例说明

如下:

某买卖合同约定,

出卖人于 2

0

1

1年 1月 1日至 3月 3日交货。买受人于 2

0

1

1年 3月 2日

及此前请求债务人履行其债务,

债务人享有履行期尚未届满的抗辩,有权拒绝履行其债务,不

构成迟延,

不承担违约责任。即便到了 2

0

1

1年 3月 3日,

单纯从理论上讲,债务人也可以履行

期尚未届满作为抗辩,

拒绝履行其债务。只不过 2

0

1

1年 3月 3日不履行,到了 2

0

1

1年 3月 4

日,

债务人就要承担迟延履行的违约责任。从这个意义上说,称履行期届至和履行期届满,实

际意义不大。对此,

本书作者将在下文“同时履行抗辩权的成立要件”中进行较为详细的分析。

所谓不当履行的抗辩权,

又叫不当给付的抗辩权,

是指在债务人的给付存在瑕疵等不良给

付的场合,

债权人所享有的抗辩权。

〔

2

7

〕 例如,某有偿委托合同约定,委托人应预付给受托人处

理委托事务的必要费用 3万元,用作交通费、缴纳预购定金等。受托人请求委托人依约预付, 委托人却仅付 1万元,

拒付其余款项,且无正当理由。于此情形,受托人可以暂时拒绝处理委

托事务,

而不负违约责任。这里的预付处理委托事务的费用的义务,与处理委托事

务的义务, 显然不具有对价关系,

因而没有同时履行抗辩权、

先履行抗辩权应用的余地。

〔

2

8

〕假如不允许受

托人行使抗辩权,

暂时拒绝履行处理委托事务的义务,则无异于放纵违约的委托人,从而使受

托人处于不利的境地,

有失权衡。有鉴于此,

承认不当履行的抗辩权,

以补同时履行抗辩权、先

履行抗辩权之缺,

避免受托人自己为履行却无法获得委托人的给付而遭受损失,这显然具有正

当性。

扩而广之,

之所以存在着不当履行的抗辩权,是因为债务人的给付不符合合同意旨,债权

人无法通过该不当给付实现其合同目的,于此场合,债权人若无拒绝为自己相应给付的抗辩

权,

就会一方面向债务人完全履行了债务,另一方面却得不到债务人的适当清偿,甚至无法获

得损害赔偿等救济,

这有失公正。特别是在无偿委托合同等场合根本就不存在同时履行抗辩权、

先履行抗辩权的情况下,

以及在对两项债务是否形成同时履行关系存有争议的情况下,承

认不当履行的抗辩权,

就更有意义。此其一。从道德和法律评价的层面上讲,

对债务人有过失

的不当履行,

应予以否定性评价。责令债务人承担违约责任,固然是否定性评价的表现,赋权

守约方暂时拒绝履行相应义务,

使违约方得不到合同利益,

亦为一种否定性评价。此其二。有

鉴于此,

即便在两项债务关系存在着同时履行抗辩权、先履行抗辩权的场合,另外再承认不当

履行的抗辩权,

给权利人多些选择的机会和手段,以在个案中权衡利弊,选取最利于实现自己

利益的抗辩权,

也有其积极的意义。此其三。

当然,

在不当履行的抗辩权的适用范围方面应有一定的限制。例如,不当履行较为轻微, 对债权人的利益影响不大,

则不宜允许债权人以此为由拒绝履行自己的债务。

可以对抗当事人一方的给付请求权的,还有留置权等物权。留置权等物权不仅能够暂时

地对抗领取 /

返还保管物、

仓储物等标的物的请求,甚至可以彻底地消灭该种请求权。它们在

对抗当事人一方请求权方面所起的作用,

至少不亚于同时履行抗辩权、

先履行抗辩权。

〔

2

6

〕[德]迪特尔·施瓦布:

《民法导论》,郑冲译,法律出版社 2

0

0

6年版,第 6

2

0页;郑玉波:《民法债编总论》(修订 2

版),

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 2

7

5页;

孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年

版,

第 4

4

6页。

〔

2

7

〕[德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国债法总论》,

杜景林、

卢谌译,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 3

5

6页。

〔

2

8

0

〕参见刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 1

7

7页。



有疑问之处在于,

既然有同时履行抗辩权、不安抗辩权等抗辩权的存在,再强调履行期尚

未届至的抗辩、

履行期尚未届满的抗辩、

不当履行的抗辩权等,

是否多余?本书认为,

各抗辩及

抗辩权存在的机理、

重点、

成立要件和运用领域不尽相同,各有其长处和作用。同时履行抗辩

权存在的基础重在客观,

在于给付(履行)的牵连性,

该基础先天固有。而履行期尚未届至的抗

辩、

履行期尚未届满的抗辩的存在基础,重在义务未至必须履行的阶段,重在当事人的约定或

法律的规定,

在于当事人的意思自治,以及当事人或法律对于期限利益的分配、安排。不当履

行的抗辩权存在的基础,

重在对善恶的处理,

即对不当履行作否定性评价,

从功能方面讲,

它弥

补了同时履行抗辩权、

先履行抗辩权无法运用之缺。特别是,履行期尚未届至的抗辩、履行期

尚未届满的抗辩,

无须主张即可发生相应的法律效果,相较于同时履行抗辩权、先履行抗辩权

和不安抗辩权,

对债务人更为有利。

先天固有的,

有些可以通过当事人的意思或法律的规定加以改变、排除。例如,主物和从

物之间的主从关系、

主权利和从权利之间的主从关系,本为法律顺应二物或二权间的牵连、贯

彻效益原则而设,

在这个意义上可说主从关系规则是“先天固有的”。不过,该规则可被法律、

当事人的意思改变或排除。例如,

在连带保证场合,主债务的诉讼时效中断,保证债务的诉讼

时效不因此而中断(法释[2

0

0

0]4

4号第 3

6条第 1款后段)。这给我们以启示,在双务合同的

场合,

一直是双务合同中的两项债务间的牵连性决定了同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安

抗辩权存在的内在依据,

两者间呈现着先天固有的关系。但是,法律的规定或当事人的意思, 完全可以让履行期尚未届至的抗辩、履行期尚未届满的抗辩、不当履行的抗辩权等,以及留置

权等物权,

在双务合同中发挥作用,使它们与同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权并

存,

由抗辩的享有人或抗辩权人或物权人在个案中审时度势地选择主张。

承认并强调履行期尚未届至的抗辩、履行期尚未届满的抗辩、不当履行的抗辩权等,以及

留置权等物权,

还有其意义:

同时履行抗辩权、

先履行抗辩权、

不安抗辩权只存在于双务合同关

系之中,

对于单务合同需要履行抗辩及抗辩权的情形,则无能为力。履行期尚未届至的抗辩、

履行期尚未届满的抗辩以及留置权等权利,

则不受双务合同、

单务合同的限制,

在双务合同、

单

务合同两个领域均可发挥积极的作用。不当履行的抗辩权在不真正双务合同中有其运用的空

间。

二、

双务合同履行中的抗辩权概述

双务合同履行中的抗辩权,是指在符合法定条件时,当事人一方对抗相对人的履行请求

权,

暂时拒绝履行其债务的权利。狭义的双务合同履行中的抗辩权包括同时履行抗辩权、

先履

行抗辩权和不安抗辩权。广义的双务合同履行中的抗辩权,

既包括这三种履行抗辩权,

又包括

不当履行的抗辩权等抗辩权。不过,

基于体系方面的考虑,

以下所述双务合同履行中的抗辩权

仅限于同时履行抗辩权、

先履行抗辩权和不安抗辩权,

除非另有指明。

双务合同履行中的抗辩权,

是合同效力的表现。其行使只会在一定期限内中止履行合同,

并不消灭合同的履行效力。产生抗辩权的原因消失后,

债务人仍应履行其债务。所以,

双务合

同履行中的抗辩权为一时的抗辩权,

延缓的抗辩权。

双务合同履行中的抗辩权,

对抗辩权人而言是一种保护手段,

降低其履行后得不到相对人

履行的风险,

使相对人产生及时履行、提供担保等压力,所以它们是债权保障的法律制度。就



其防患于未然这点来讲,

作用较违约责任还积极,

比债的担保亦不逊色。

行使同时履行抗辩权、

先履行抗辩权和不安抗辩权,是权利的正当行使,而非违约。仍使

上述抗辩权受法律保护,

令权利人不承担违约责任。在审判实务中,

有些裁判文书误把不安抗

辩权、

同时履行抗辩权的行使当做“双方违约”处理,

这一点应予纠正。

三、

同时履行抗辩权

(一)同时履行抗辩权概述

同时履行抗辩权,

是指双务合同的当事人一方在相对人未为对待给付以前,

可拒绝履行自

己的债务之权。

同时履行抗辩权存在的基础在于双务合同的牵连性,具体地说是功能上的牵连性。所谓

功能上的牵连性,

又称履行上的牵连性,

是指双务合同的当事人一方所负给付与相对人所负对

待给付互为前提,

一方不履行其义务,相对人原则上亦可不履行。只有如此,才能维持双方当

事人之间的利益平衡。同时履行抗辩权正是这种功能上的牵连性的反映。

上述思想乃诚实信用原则的应有之义,所以,同时履行抗辩权也是诚实信

用原则所要求

的。当然,

诚实信用原则同时也限制了同时履行抗辩权的滥用。在当事人一方已为部分给付

时,

相对人若拒绝其给付则有违诚实信用原则,

故不得拒绝自己的给付。

(二)同时履行抗辩权的构成要件

1.

须当事人双方互负债务

双务合同功能上的牵连性决定了同时履行抗辩权制度适用于双务合同,而不适用于单务

合同和不真正的双务合同。依逻辑,

可主张同时履行抗辩权的,

系基于同一双务合同而生的对

待给付。所谓本来意义上的同时履行关系,只存在于“对价关系”的债务之间,

〔

2

9

〕指的就是这

种情况。所谓对价关系,

是指双方当事人所为给付,在主观上互相依存,互为因果而有报偿的

关系。

〔

3

0

〕 该对价关系不强调客观上的等值,只要求双方当事人主观上认为等值即可。

这是否意味着同时履行抗辩权就绝对不存在于从给付义务与主给付义务之间呢?能否从

公平原则出发认定非对价关系的两项债务之间也存在同时履行关系呢?〔31〕近几年来,学说主

张,

在从给付义务的履行与合同目的的实现具有密切关系时,从给付义务和主给付义务之间存

在着同时履行关系,

产生同时履行抗辩权。

〔

3

2

〕

2.

须双方互负的债务均已届履行期

已届履行期,也叫已届清偿期,简称为届期,其含义需要区分情况予以确定:(1)继续性债

务的履行期一般为一段期间,

该债务的对待给付债务基本上为一个时间点,两项债务的履行期

之间并不一致,

有些同时届至,

有些同时届满。同时届至的例子,

如某房屋租赁合同约定,

2

0

1

1

年 1月 1日承租人支付租金,

同日出租人移转租赁物的使用权。同时届满的例子,

如某雇佣合

同约定,

家政服务员甲于 2

0

1

1年 1月 1日至 1

5日开始工作,雇主乙于 2

0

1

1年 1月 1

5日付清

〔

2

9

〕 [日]星野英一:

《日本民法概论IV·契约》,姚荣涛译,刘玉中校订,五南图书出版有限公司
1

9

9

8年版,

第 3

9页。

〔

3

0

〕 孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 6

6

3~6

6

4页。

〔

3

1

〕 [日]星野英一:

《日本民法概论IV·契约》,姚荣涛译,刘玉中校订,五南图书出版有限公司1998年版,第 39页。

〔

3

2

〕详细分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 8

3页以下。

第六章　合同的履行

1

0

1

酬金。(2)非继续性债务的履行期一律为一个时间点,

两项债务的履行期在届至、

届满的方面,

会出现如下情形:

A.

两项债务的履行期相同的场合,同时届至,同时届满;B.两项债务的履行

期有先有后的场合,

应先履行的债务于履行期届满后,后履行债务的履行期才届至。鉴于《合

同法》分设同时履行抗辩权和先履行抗辩权(第 6

6条、第 6

7条),“B”的情形由先履行抗辩权

管辖。同时履行抗辩权制度仅仅适用于“A”的场合。

〔

3

3

〕

《合同法》第 6

6条前段关于“当事人互负债务,

没有先后履行顺序”的规定,在履行期届至

抑或届满方面规定得“含糊”、

“宽松”,

为法律人寻求能满足实际需求、

符合法理、

达到公平正义

的解释,

预留了空间。

3.

须他方不履行债务或未提出履行债务

他方在向一方当事人请求履行债务时,须自己已为履行或已提出履行。他方若不履行债

务或未提出履行债务,

即请求债务人履行,则该债务人可行使同时履行抗辩权,拒绝履行自己

的债务。

〔

3

4

〕

所谓提出履行,

又叫提出给付,

包括言词提出。也就是说,

他方于符合言词提出的要件时,

为言词提出的,

即为提出履行。

〔

3

5

〕对此,有观点主张此时应当伴有经证明的现实给付的现实能

力。

〔

3

6

〕这有其道理。于此场合,债务人不得拒绝对待给付,不可行使同时履行抗辩权。〔37〕

应予注意的是,

他方所为对待给付或所提出的履行债务,

必须符合债的本旨。如果他方为

部分履行,

尚未符合债的本旨,

那么债务人原则上可以主张同时履行抗辩权,

但给付可分的,

债

务人只可就该未履行的部分拒绝自己的给付。

〔

3

8

〕 例如,甲雇用乙为其修剪园林内的树木,并清

理垃圾,

甲支付相应的报酬。如果仅因墙角一隅的垃圾未为清理,

或一处树木攀援墙壁生长至

高处,

导致不易修剪,

甲援用同时履行抗辩权,

拒付全部的报酬,

则属不可。

再者,

在债权人有数人且其给付可分的场合,债权人中的一人提出自己的给付,请求债务

人履行该债权人应受领部分的给付时,债务人可否以其他债权人没有提出履行为由,拒绝履

行?对于这一问题,

应予肯定地回答,因为可分的数个债权是基于一个合同而产生的,对其应

作与仅仅产生一个债权相同的处理,

除非当事人另有约定。

〔

3

9

〕

(三)同时履行抗辩权制度的适用范围

同时履行抗辩权制度主要适用于双务合同,如买卖、互易、租赁、承揽、有偿委托、保险、雇

佣、

劳动等合同。有疑问的是,

合伙合同是否为双务合同。就互约出资而言,

具有对待性,故通

说认为合伙合同属于双务合同。因此,

当合伙人中的一人向其他合伙人请求出资时,

其他合伙

〔

3

3

〕详细理由,

参见崔建远:

《债权:

借鉴与发展》,

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 2

8

3页以下。

〔

3

4

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,第 5

5

9页;郑玉波:《民法债编总论》,陈荣隆修订,中国

政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

4

9页;

孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,第 6

7

0页;邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

7

1页;

王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法

律出版社 1

9

9

1年版,

第 4

0

3页;

魏振瀛主编:

《民法》(第 4版),

北京大学出版社、

高等教育出版社 2

0

1

0年版,

第 4

4

2

页;

韩世远:

《合同法总论》(第 3版),

法律出版社 2

0

1

1年版,

第 2

8

8页;李永军:《合同法》,法律出版社 2

0

0

4年版,

第 5

2

3~5

2

4页。

〔

3

5

〕邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

7

1页。

〔

3

6

〕美国《合同法重述》第 2

6

3条的评注第 b条。

〔

3

7

〕邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

7

1页。

〔

3

8

〕 林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

6

1页。

〔

3

9

〕 史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 5

6

0页。

2

0

1　合同法(第六版)

人固可行使同时履行抗辩权,

若由执行事务的合伙人或已出资的合伙人请求出资的,即不得以

其他合伙人有尚未出资的为由拒绝自己的给付。否则,一方面因命被告出资的判决,不能依

“交换给付判决”形式,

以诉外的合伙人已出资为停止条件;

另一方面也不能依判决对诉外的合

伙人强制执行,

所以在其他合伙人未为对待给付前,

对该合伙人即无从强制执行。

〔

4

0

〕与此有所

不同,

有的观点则限缩了同时履行抗辩权制度适用于合伙合同的范围,强调合伙

以经营事业为

目的,

与买卖合同等以交换给付为主要目的的双务合同毕竟不同,

所以,

在二人合伙场合,

同时

履行抗辩权可以适用,

但在三人以上合伙的情况下,

则不适用。

〔

4

1

〕

上述立于对价关系的双方债务,

尚应包括原给付义务的延长或变形,

尤其是债务不履行时

的损害赔偿或让与请求权。例如,

甲用 A物与乙的 B物互易,

在因甲的过失致 A物灭失时,

甲

应负债务不履行的损害赔偿责任。于此场合,乙对甲的损害赔偿请求权与甲对乙给付 B物的

请求权,

可发生同时履行抗辩权。

〔

4

2

〕

同时履行抗辩权在为第三人利益的合同中有适用余地。例如,甲、乙约定,甲向乙购买钢

材,

价款 5

0

0万元,

丙对乙有直接请求交付该钢材之权,

若甲届期不支付货款,

则乙可以拒绝丙

的交付钢材的请求。

在债权让与的情况下,

可成立同时履行抗辩权。例如,甲将 A车出卖给乙,价款为 7

5万

元,

而乙将其对甲请求交付 A车并转移所有权的债权让与丙。在丙向甲请求履行时, 甲可以乙

未给付价款为由拒绝自己的履行。

在债务承担的情况下,

同时履行抗辩权亦可以适用。例如,

甲将 A画卖给乙,

价款为 3

0万

元,

由丙承担乙的债务,

当甲向丙请求支付价款时,

丙可以甲未对乙交画为由拒绝自己的履行。

在可分之债中,

各债务对各债权各自独立,从而其发生原因即使为一个合同,除非一方的

对待给付为不可分,

也应各得就自己的部分独立为同时履行抗辩。

〔

4

3

〕

同时履行抗辩权也可以适用于连带之债。例如,甲、乙向丙、丁购买 1

0

0

0公斤乌龙茶,价

款为 1

0万元,

约定甲、

乙和丙、

丁均应负连带责任。当甲向丙请求交付 1

0

0

0公斤乌龙茶时,丙

可主张甲应支付全部价款的同时履行抗辩权。

当事人因合同不成立、

无效、

被撤销或解除而产生的相互义务,

若立于对价关系,

则可主张

同时履行抗辩权。

(四)当事人一方违约与同时履行抗辩权

1.

迟延履行与同时履行抗辩权

关于迟延履行与同时履行抗辩权之间的关系,存在两种对立的学说。履行抗辩权发生效

力,

需要权利人主张抗辩权,这是所谓的“行使的效力”。坚持这种观点的学说为“行使效果

说”,

亦称行使效力说,

其在中国为通说。

〔

4

4

〕存在效力说,或曰存在效果说,认为同时履行抗辩

权的存在本身即足以排除迟延责任,

即享有同时履行抗辩权的债务人,在相对人未为对待给付

〔

4
0
〕孙森焱:
《民法债编总论》(下册),
法律出版社 2
0
0
6年版,
第 6
7
2页。
〔
4
1
〕王泽鉴:
《民法学说与判例研究》(第 6册),
中国政法大学出版社 1
9
9
8年版,
第 1
4
2、
1

4

4页。

〔

4

2

〕 王泽鉴:

《民法学说与判例研究》(第 6册),

中国政法大学出版社 1

9

9

8年版,

第 1

4

2、

1

4

4页。

〔

4

3

〕 郑玉波:

《民法债编总论》,

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

8

6页。

〔

4

4

〕 王利明:

“论双务合同中的同时履行抗辩权”,

载梁慧星主编:

《民商法论丛》(第 3卷),法律出版社 1

9

9

5年版,

第 2

1~

2

2页;

崔建远主编:

《新合同法原理与案例评释》(上),

王闯执笔,

吉林大学出版社 1

9

9

9年版,

第 3

0

6~3

0

7页。

第六章　合同的履行

3

0

1

之前,

自己的债务纵使已届清偿期而未清偿,

也不陷于履行迟延。

〔

4

5

〕不因迟延履行而使对方当

事人享有损害赔偿请求权,

〔

4

6

〕

也不产生约定的迟延损害金请求权。〔47〕按照存在效力说,同时履行抗辩权人即使没有按照约定的日期履行,也不因此而向相对人承担损害赔偿的责任,〔48〕也不负担约定的迟延损害金。〔49〕与此不同,行使的效力说则主张,同时履行抗辩权须经行使才能排除迟延责任。关于它,有两种见解:其一,抗辩权之行使,溯及地排除已发生的迟延效果;其二,已发生的迟延责任,不因抗辩权的行使而受影响。〔5

0

〕

〔

5

1

〕

2.

受领迟延与同时履行抗辩权

在双务合同中,

债权人于其受领迟延场合,是否仍然享有同时履行抗辩权,存在着不同的

观点。否定说主张,

当事人一方既已提出给付,就与同时履行抗辩权的成立要件不相符合,并

且若采肯定说,

则无异于要求当事人随时做给付的准备,不尽公平,故受领迟延的债权人不得

再主张同时履行抗辩权。

〔

5

2

〕 肯定说认为,在双务合同中,债权人受领迟延,债务人虽免负违约

责任,

但其固有的债务并未因此而消失,对债权人所负债务不产生影响,其原有的同时履行抗

辩权并不因此而消灭。所以,

债务人在债权人受领迟延后请求为对待给付,

债权人仍可主张同

时履行抗辩权。假如否认债权人享有同时履行抗辩权,

则于债权人履行之后,

债务人将陷入无

资力的状况,

债权人的利益就失去保障,

这样会显失公平。该说为多数说。

〔

5

3

〕

3.

部分履行与同时履行抗辩权

债务人原则上不享有部分履行的权利,因此,在双务合同的一方当事人提出部分履行时, 相对人有权拒绝受领。不过,

若拒绝受领部分给付违反诚实信用原则,比如“部分履行不损害

债权人利益”(《合同法》第 7

2条第 1款),

则债权人不得拒绝债务人的部分履行,

并无权行使同

时履行抗辩权,

拒绝债务人请求自己履行。

需要说明的是,

债权人即使受领了来自债务人的部分给付,也可以提出相应的对待给付,还可以就债务人尚未履行的部分主张同时履行抗辩权,拒绝自己该相应部分的给付,除非如此

〔
4
5
〕[日]谷口知平、
五十岚清编集:
《新版注释民法》(1
3)债权(4),泽井裕、清井元补订,有斐阁 2
0
0
6年版,第 5
3
0页;
史尚宽:
《债法总论》,
荣泰印书馆股份有限公司 1
9
7
8年版,第 5
6
4页;郑玉波:《民法债编总论》,三民书局 1
9
9
6年
版,

第 3

8

0页。转引自孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 6

7

6页。

〔

4

6

〕《大判》

1

9

2

5年 1

0月 2

9日《评论》1

4卷,

民 8

1

2页。转引自[日]星野英一:

《日本民法概论IV·契约》,姚荣涛译,刘

玉中校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 3

8页。

〔

4

7

〕《大判》

1

9

1

7年 1

0月 2

7日“民录”1

9

4

1页;

《大判》1

9

4

1年 9月 2

6日《新闻》4

7

5

7号 1

7页。转引自[日]星野英一:

《日本民法概论IV·契约》,姚荣涛译,刘玉中校订,五南图书出版有限公司1998年版,第 38页。

〔

4

8

〕《大判》

1

9

2

5年 1

0月 2

9日《评论》1

4卷,

民 8

1

2页。转引自[日]星野英一:

《日本民法概论IV·契约》,姚荣涛译,刘

玉中校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 3

8页。

〔

4

9

〕《大判》

1

9

1

7年 1

0月 2

7日“民录”1

9

4

1页;

《大判》1

9

4

1年 9月 2

6日《新闻》4

7

5

7号 1

7页。转引自[日]星野英一:

《日本民法概论IV·契约》,姚荣涛译,刘玉中校订,五南图书出版有限公司
1

9

9

8年版,

第 3

8页。

〔

5

0

〕 La

r

e

n

z

,

Le

h

r

b

u

c

hd

e

sS

c

h

u

l

d

r

e

c

h

t

s

,

Ba

n

dI

,

Al

l

g

e

me

i

n

e

rTe

i

l

,

1

4.

Au

f

l

.

1

9

8

6,

S.

3

4

9f

.

转引自王泽鉴:《民法学说与判例

研究》(第 6册),

中国政法大学出版社 1

9

9

8年版,

第 1

6

5页。

〔

5

1

〕 关于存在效力说的利弊分析,

以及对存在效力说运用领域的限制,

参见崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大

学出版社 2

0

1

2年版,

第 1

4

7页以下。

〔

5

2

〕孙森焱:

《民法债权总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 6

7

1页;

林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国

人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

6

1页。

〔

5

3

〕孙森焱:

《民法债权总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 6

7

1页;

林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国

人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

6

1页。

行事违背诚实信用原则。

4.

瑕疵履行与同时履行抗辩权

债务人瑕疵履行,

债权人可请求其消除缺陷或另行给付,

在债务人未消除缺陷或另行给付

时,

债权人有权行使同时履行抗辩权,

拒绝支付相应的价款。

〔

5

4

〕

(五)同时履行抗辩权的行使

1.

同时履行抗辩权行使的方式

同时履行抗辩权,

不论于诉讼上或诉讼外,

均得行使。即使于诉讼外曾经主张过同时履行

的抗辩权,

于诉讼上仍可主张,

法院始得斟酌。因为同时履行抗辩权的效力,仅在暂时地拒绝

他方行使其请求权,

抗辩权的行使,概由当事人自行斟酌决定,即使于诉讼外曾经主张过此抗

辩权,

当其已发生延缓他方请求权的效力,

若于诉讼上不再主张,法院则无从斟酌。

〔

5

5

〕 由于中

国现行法没有明确规定同时履行抗辩权行使的方式,上述操作及观点确有道理,民法及其学说

应予借鉴。

2.

同时履行抗辩权与交换给付判决

就抗辩的效果而言,

当事人一方或双方享有同时履行抗辩权,于自己给付之前,可否请求

对待给付,

可分两种不同的形态:一为绝对牵连关系的制度;二为相对牵连关系的制度。前者

以为,

合同当事人请求他方履行之时,

须先为给付,

若未能证明自己业已履行债务或提出给付,

其请求他方为对待给付,

即为无理由。《瑞士债务关系法》采取这种制度(第 8

2条)。后者则认

为,

合同当事人请求他方履行之时,毋庸证明自己业已履行或提出给付,如他方行使同时履行

抗辩权,

始有证明责任;

而且,

纵属未能证明,法院也不得认为原告的请求无理由,而应作出原

告提出对待给付时,

被告应为给付的判决。因此,

纵使原告未为对待给付,

仍可请求被告给付;

如被告未援用同时履行抗辩权,

则法院应作出原告胜诉的判决;如被告援用同时履行抗辩权,

则法院仍不得驳回原告之诉,

而应作出“被告应于原告给付 ××时给付原告 ××”的判决,

〔

5

6

〕

即通称的限制胜诉判决或交换给付判决。不过,对待给付未经起诉,尚不生既判力,故被告仍

可于判决确定后请求原告给付,

不发生一事不再理的问题。

〔

5

7

〕《合同法》和《民事诉讼法》对于

履行抗辩权行使的判决及其方式未作明文规定,

实务中的做法也不尽一致,应当承认交换给付

判决的模式。

3.

同时履行抗辩权与抵销

同时履行抗辩权有担保的作用,

在其消灭前,

一方当事人应不得主张以自己在双务合同项

下的债权与他方当事人对自己所负的其他种类的债务进行抵销,以免同时履行抗辩权横遭剥

夺。例如,

甲购买乙的 A车,

应支付价款 5

0万元,如乙另欠甲 5

0万元,此时甲尚不得主张抵

销。

〔

5

8

〕因此,合同当事人一方,唯有就他方当事人的债权,提出自己的给付,以担保其履行,然

〔

5

4

〕关于物的瑕疵担保责任与同时履行抗辩权之间的关系,
参见崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大学出版社
2
0
1
2年版,
第 1
5
0页以下。
〔
5
5
〕孙森焱:
《民法债编总论》(下册),
法律出版社 2
0
0
6年版,
第 6
7
4~6
7
5页。
〔

5

6

〕中华民国最高法院 1

9

4

0年上字第 8

9

5号判例;

中华民国最高法院 1

9

4

8年上字第 6

2

1

7号判例;

中国台湾地区“最高

法院”1

9

5

0年台上字第 9

0

2号判例;

邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

7

3页。

〔

5

7

〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

7

3~3

7

4页。

〔

5

8

〕邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

7

4页。

第六章　合同的履行

5

0

1

后始得就自己的债权主张与他方的另一债权抵销的权利。若当事人一方的债权系被动债权, 经他方主张抵销,

则无异于他方自愿放弃同时履行抗辩权而为债务的履行,主张抵销的他方当

事人自愿承受不利益,

因此自无禁止的必要。

〔

5

9

〕由于中国现行法没有明确规定同时履行抗辩

权与抵销之间的运作程序和效果,

上述境外的操作及观点确有道理,中国民法及其学说应予借

鉴。

4.

存在效力与行使效力

同时履行抗辩权在未经行使以前,

是否具有排除给付迟延的效力?对于这一问题,

存在着

肯定说与否定说的分歧。肯定说也叫存在效力说,

或曰存在效果说。否定说亦称行使效力说,

或曰行使效果说。其较为详细的内容,

上文“(四)当事人迟延履行与同时履行抗辩权”中已经

论及,

此处不再赘述。

5.

同时履行抗辩权与诉讼时效

双务合同的一方当事人,

其债权请求权因时效而消灭的,当他方当事人请求其给付时,其

是否仍可主张同时履行抗辩权?若从形式上解释,如一方无时效中断的原因,而他方有此原

因,

他方可一方面拒绝自己的给付,另一方面仍可请求此方给付,十分不公。实则请求权虽因

罹于时效而消灭,

抗辩权则无时效规定之适用。双务合同当事人互负债务,

既有履行上的牵连

关系,

那么,

即使一方当事人的请求权已因罹于时效而消灭,

也应任其抗辩权继续存在。所以,

在他方当事人请求给付时,

此方仍可行使同时履行抗辩权,以拒绝自己的给付,此与请求权因

罹于时效而不得请求他方给付,

应有所区别。

〔

6

0

〕 由于中国现行法没有明确规定同时履行抗辩

权与诉讼时效间的衔接、

配合,

上述境外的操作及观点值得重视,

应仔细研究后再下结论。

(六)同时履行抗辩权与违约责任的关系

在构成违约的情况下,

守约方行使同时履行抗辩权,

不影响其向违约方主张违约责任。

(七)同时履行抗辩权因当事人的约定而扩张或收缩

由于《合同法》第 6

6条关于同时履行抗辩权的规定非属强制性规定,

可以由当事人的约定

予以变更,

因此,

当事人双方可以约定有别于《合同法》第 6

6条规定的成立要件,

同时履行抗辩

权因此而扩张或收缩,

除非此类约定具有《合同法》第 5

2条规定的原因,

或含有第 5

4条规定的

情形,

被撤销权人将约定撤销。

四、

先履行抗辩权

(一)先履行抗辩权的意义

先履行抗辩权,

是指当事人互负债务,

有先后履行顺序的,

先履行一方未履行其债务之前,

后履行一方有权拒绝其履行请求,

先履行一方履行债务不符合债的本旨的,后履行一方有权拒

绝其相应的履行请求(《合同法》第 6

7条)。

在传统民法上,

有同时履行抗辩权和不安抗辩权的理论,

却无先履行抗辩权的概念。相当

〔

5

9

〕孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,第 6

7

6页;[日]星野英一:《日本民法概论IV·契约》,姚

荣涛译,

刘玉中校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 3

7页。

〔

6

0

〕[日]谷口知平、

五十岚清编集:

《新版注释民法(1

3)债权(4)》,泽井裕、清井元补订,有斐阁 2

0

0

6年版,第 5

3

3页;

孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 6

7

6页。

6

0

1　合同法(第六版)

于先履行抗辩权的抗辩权被认为已包含在同时履行抗辩权之中,

作为一种特殊情形处理。《合

同法》则明确而独立地规定了这一抗辩权。先履行抗辩权发生于有先后履行顺序的双务合同

中,

只有在处于先履行顺序的债务超过了履行期、处于后履行顺序的债务到了履行期的情况

下,

才有同时履行抗辩权的适用。这是先履行抗辩权不同于同时履行抗辩权之处。

先履行抗辩权独立存在,

而非由单一的同时履行抗辩权制度一统天下,具有明显的价值。

其道理在于:

(1)它尊重了当事人分配利益、风险的合意。(2)它可以避免如下是非颠倒的情

形:

由同时履行抗辩权一揽子解决履行抗辩的方案中,若不设置“排除若干情形适用同时履行

抗辩权”的限制措施,

则先履行一方已经违约,却可以借助行使同时履行抗辩权而拒绝后履行

一方关于继续履行的请求,

使《合同法》第 1

0

7条所规定的继续履行(强制的实际履行)徒有其

名。(3)它免去了境外民法上的同时履行抗辩权需要复杂解释的麻烦。在日本, 将作为同时履

行抗辩权的成立要件之一的“已届清偿期”,

解释为包含着一方负有先履行义务的情形,

但同时

又必须对此再做限缩,

将已经违约的先履行一方、

其他场合必须先行履行义务的一方排除在享

有同时履行抗辩权之外,

如同上述“(2)”所分析的那样,方能避免出现不适当的结果。而如此

扩张、

限缩的解释,

显然比较复杂,

一般人难以掌握。(4)它更好地贯彻了公平原则,

维护了后履

行一方的期限利益。可见,

那种认为中国现行法同时履行抗辩权和先履行抗辩权并存的模式存在

法律漏洞,

先履行抗辩权的独立缺乏正当性、

应予取消的看法,

显然偏激,

应予反思。

(二)先履行抗辩权的成立要件

1.

须双方当事人互负债务

构成先履行抗辩权,

需要双方当事人互负债务。这与同时履行抗辩权的构成相同,

因为先

履行抗辩权乃脱胎于同时履行抗辩权。

关于互负债务是否指两项债务处于互为对待给付的地位,同样应当采取与同时履行抗辩

权相同的立场。因为这两种抗辩权成立要件的不同仅仅在于两项债务的履行顺序不同,其他

方面没有特别的要求,

所以,

互负债务的要件,

在先履行抗辩权与同时履行抗辩权中应当相同。

也就是说,

在绝大多数情况下,

两项债务处于互为对待给付的状态,若干场合允许非对价关系

的债务成立先履行抗辩权。

以上所言,

总体来说没错,

但也有进一步斟酌的必要。如何看待建设工程施工合同中的债

务及其构成,

即为一例。一个工程形象进度可作为一项债务,

就该工程形象进度付相应的工程

款也可作为一项债务。这两项债务相互构成先后履行关系,可成立先履行抗辩权。需要说明

的是,

这种观点的成立必须以把发包方支付工程款的债务再对应地分解为若干项债务为前提。

假如把承包方完成合同约定的工程工作(包括质和量两个方面)仅仅作为一项债务,将发包方

支付工程款仅仅作为另一项债务,

那么这种观点就难以成立。

〔

6

1

〕

2.

互负的债务须有先后履行顺序

(1)基本要求。构成先履行抗辩权,

必须是互负的债务有先后履行顺序。如果两项对立的

债务无先后履行顺序,

就适用同时履行抗辩权,

而不成立先履行抗辩权。至于两项债务的先后

履行顺序是因当事人的约定而形成的,

还是基于法律的直接规定而产生的,

则在所不问。

(2)互负的债务须有先后履行顺序的判断准则。若该债务为非继续性债务, 按照非继续性

〔

6

1

〕详细论证,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 1

5

9~1

6

0页。



债务的履行期一律为一个时间点的观点,

则两项债务履行的先后顺序十分容易判断,一定是处

于先履行顺序的债务超过了履行期、处于后履行顺序的债务随后才到履行期。一项债务为继

续性,

另一项债务为非继续性,

且非继续性的债务处于先履行顺序的,同样是处于先履行顺序

的债务超过了履行期,

处于后履行顺序的债务随后才到履行期。若两项债务均为继续性债务,则所谓互负的债务须有先后履行顺序,

可以是处于先履行顺序的债务到了履行期,并持续一段

期间,

处于后履行顺序的债务才到履行期;也可以是处于先履行顺序的债务的履行期届满,处

于后履行顺序的债务才到履行期。

3.

先履行一方未履行或其履行不符合债的本旨

先履行一方未履行,

既包括先履行一方在履行期限届至或届满前未予履行的状态(未构成

违约),

也包括先履行一方于履行期限届满时尚未履行的现象(已经构成违约)。先履行一方的

履行不符合债的本旨,

是指先履行一方虽然履行了债务,但其履行不符合当事人约定或法定的

要求,

应予补救。履行债务不符合债的本旨,在这里指迟延履行、不完全履行(包括加害给付、

部分履行)等形态。

先履行一方未履行其债务或其履行不符合债的本旨,即请求后履行一方清偿,于此场合, 后履行一方有权行使先履行抗辩权,

也可以援用不当履行的抗辩权,有时还有权主张履行期尚

未届满的抗辩,

拒绝履行其债务。

应予说明的是,

在先履行的一方在履行期限届至或届满前未予履行(未构成违约)时, 请求

后履行一方清偿,

若后履行一方的履行期尚未届至,则后履行一方还享有履行期未届至的抗

辩;

若后履行一方的履行期已经届至但尚未届满,

则后履行一方还有权主张履行期尚未届满的

抗辩。

(三)先履行抗辩权因约定而扩张或收缩

以上所论先履行抗辩权的成立要件,

仅限于法律的规定,

没有考虑当事人的约定因素。在

实务中,

当事人有时会约定先履行抗辩权的成立条件,

先履行抗辩权会因此而扩张或收缩。

〔

6

2

〕

(四)先履行抗辩权的行使

1.

问题的提出

先履行一方未依约履行,

后履行一方于诉讼或仲裁之前一直沉默不语,

于履行期届满时也

未履行自己的债务。只是在诉讼或仲裁过程中,

在先履行一方主张构成双方违约时,

后履行一

方抗辩曰:

“我是在运用先履行抗辩权,

不构成违约。

”对此,

应如何认定?由于在履行抗辩权的

效力方面存在着行使效力说和存在效力说的分歧,

若采取存在效力说,认定后履行一方虽未明

示,

但也是在运用先履行抗辩权,

则结论是后履行一方不构成违约,他不但自己不承担违约责

任,

还有权追究先履行一方的违约责任;若采取行使效力说,则认定后履行一方构成违约,不

过,

仍存在后履行一方于何时主张才发生先履行抗辩权的效力的问题。

实务中出现了不少这样的情形:

后履行一方未依约履行其债务,

其本意并非是行使先履行

抗辩权,

而是因其疏忽大意而忘记了履行债务,甚至是恶意地拒不履行债务。针对这种情况, 不分青红皂白,

一律认定后履行一方在运用先履行抗辩权,

而不成立违约责任,

就违背了是非、

〔

6

2

〕 详细阐释,

参见崔建远:

“履行抗辩权探微”,

载《法学研究》2

0

0

7年第 3期;

崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民

大学出版社 2

0

1

2年版,

第 1

7

5页以下。

8

0



善恶的规则。为了尽可能地贯彻是非、善恶的准则,在采取行使效力说的大背景下,我们必须

明确如下规则:

(1)后履行一方于何时行使先履行抗辩权,

才发生履行抗辩权的效力;(2)后履

行一方在何种情况下必须明示行使先履行抗辩权,才发生履行抗辩权的效力;(3)后履行一方

在何种情况下可以默示地行使先履行抗辩权。

2.

行使方式的具体分析

先履行抗辩权的行使是否需要明示,

不宜一概而论,

而应区分情况予以确定。

(1)先履行一方尚未构成违约,

亦未请求后履行一方履行的,先履行抗辩权无须明示就发

生效力;

先履行一方请求后履行一方履行的,

后履行一方援用先履行抗辩权,

拒绝自己的履行,

这种情况下需要明示。

附带指出的是,

在上述情况下,

若为非继续性合同,则后履行一方享有债务履行期尚未届

至或尚未届满的抗辩;

若为继续性合同,

则后履行一方也可以主张履行期尚未届满的抗辩。因

为抗辩无须当事人明示主张,

裁判机构可依职权援用,

即发生法律效力,

所以,

后履行一方虽未

明示,

但于诉讼或仲裁过程中援用了抗辩的,

当然发生应有的效力。

(2)先履行一方已构成违约,

但未请求后履行一方履行债务,后履行一方运用先履行抗辩

权时是否需要明示,

这时需要区分先履行一方违约的类型:先履行一方仅为迟延履行的,后履行一方运用先履行抗辩权时无须明示;

先履行一方的违约属于瑕疵给付等类型的,后履行一方

行使先履行抗辩权时需要明示。

先履行一方已构成违约,

并请求后履行一方履行的,

先履行抗辩权的行使需要明示。

附带指出,

在上述“(2)”的情况下,

若为非继续性合同,

则后履行一方享有债务履行期尚未

届至或履行期尚未届满的抗辩;

若为继续性合同,

则后履行一方也可以主张履行期尚未届满的

抗辩。如同上述,

抗辩无须当事人明示主张,

裁判机构可依职权援用,

即发生法律效力。

(五)先履行抗辩权的效力

1.

先履行抗辩权行使的方式

先履行抗辩权,

不问于诉讼上或诉讼外,均得行使。这与上文介绍的“同时履行抗辩权行

使的方式”相同,

此处不再赘述。

2.

先履行抗辩权与交换给付判决的排除与运用

就抗辩的效果而言,

后履行一方享有先履行抗辩权,于自己给付之前,可以请求先履行一

方履行,

毋庸证明自己业已履行或提出给付,法院不得认为享有先履行抗辩权者的请求无理

由,

应当作出先履行一方应为给付的判决。不过,

在双方的履行期有重叠情形且先履行一方未

构成违约的情况下,

若先履行一方主张同时履行抗辩权,

则也应得到支持,

应按上文关于“同时

履行抗辩权与交换给付判决”的说明处理。

3.

先履行抗辩权与抵销

后履行一方,

对于先履行一方,

负有合同以外的他种债务,如主张以之与先履行一方所负

的双务合同的债务相互抵销,

确实符合抵销要件的,

应予准许,

先履行抗辩权因此而归于消灭。

其道理如同上文“同时履行抗辩权与抵销”部分所述,

此处不再赘言。

4.

存在效力与行使效力

先履行抗辩权在未经行使以前,

是否具有排除给付迟延的效力?与上文“当事人迟延履行

与同时履行抗辩权”中的论述大体相同,

此处不再赘述。



5.

先履行抗辩权与诉讼时效

在先履行抗辩权的场合,

两项债务的履行期届至和届满的时间点不同,

诉讼时效期间的起

算点自然也有差异。在先履行义务已经罹于诉讼时效、而后履行义务尚未罹于诉讼时效的场

合,

虽然抗辩权无诉讼时效规定适用的余地,但当先履行一方请求后履行一方履行债务时,若

后履行一方有权援用先履行抗辩权对抗该项请求,则意味着先履行一方本应享有的时效利益

消失殆尽,

这对于先履行一方确实不公,所以采取后履行一方丧失先履行抗辩权的做法,则可

较好地平衡双方的利益。

6.

先履行抗辩权与违约责任

先履行抗辩权的行使不影响后履行一方主张违约责任。

五、

不安抗辩权

(一)不安抗辩权的概念

不安抗辩权是大陆法系的制度。按照《德国民法典》的规定,因双务合同负担债务并向他

方先为给付者,

如他方的财产于订约后明显减少,有难为对待给付之虞时,在他方未为对待给

付或提出担保之前,

得拒绝自己的给付(第 3

2

1条)。该权就是所谓的不安抗辩权。当后给付

义务人在订约后出现财产状况恶化,

危及先给付义务人的债权实现时,该制度能保护先给付义

务人的合法权益,

体现出了实质正义。但比起英美法系的先期违约(a

n

t

i

c

i

p

a

t

o

r

yb

r

e

a

c

h)制度

来,

其在保护先给付义务人方面稍逊一筹:(1)不安抗辩权行使的条件是后给付义务人的财产

于订约后明显减少,

有难为对待给付之虞;

而先期违约成立的条件有拒绝履行(r

e

p

u

d

i

a

t

i

o

n),

债

务人的经济状况不佳,

商业信誉不好,

债务人在准备履行及履行过程中的行为或债务人的实际

状况表明债务人有违约的危险等。(2)不安抗辩权以先给付义务人可中止自己的给付为救济

方法,

迫使后给付义务人为对待给付或提供担保。但为对待给付或提供担保并非后给付义务

人的义务,

仅为一时对抗辩的再抗辩权的运用,后给付义务人不为对待给付或提供担保时,先

给付义务人是否有权解除合同,

这一点在许多国家的法律上比较模糊。而依先期违约制度,

债

权人享有积极主动的救济手段。在债务人拒绝履行的情况下,债权人有选择权:承认先期违

约,

立即诉请损害赔偿并解除合同;或拒绝承认先期违约,使合同继续有效,以拘束双方当事

人。在预期不能履行(p

r

o

s

p

e

c

t

i

v

ei

n

a

b

i

l

i

t

yt

op

e

r

f

o

r

m)的场合,债权人有权中止自己的履行,请

求先期违约人提供担保。该担保未在合理的期限内提供的,债权人有权诉请损害赔偿并解除

合同。

有鉴于此,

《合同法》改造了大陆法系的不安抗辩权制度,

适当吸收了英美法系的先期违约

制度的合理成分,

于其第 6

8条规定:“应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列

情形之一的,

可以中止履行:

(一)经营状况严重恶化;(二)转移财产、抽逃资金,以逃避债务; (三)丧失商业信誉;

(四)有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

”(第 1款)“当事人

没有确切证据中止履行的,

应当承担违约责任。

”(第 2款)于其第 6

9条规定:

“当事人依照本法

第六十八条的规定中止履行的,

应当及时通知对方。对方提供适当担保时,

应当恢复履行。中

止履行后,

对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的,中止履行的一方可以解

除合同。

”

0

1



(二)不安抗辩权成立的条件

1.

双方当事人互负债务

这与同时履行抗辩权、

先履行抗辩权场合的要求相同,

此处不再赘述。

2.

后履行义务人有丧失债务履行能力的极大可能

后履行义务人的期限利益应当受到保护,没有正当理由不得剥夺。不安抗辩权制度虽然

是个正当理由,

但其被剥夺后履行义务人的期限利益是有条件的,不允许先履行义务人在后履

行义务人有履行能力的情况下行使不安抗辩权,只有在后履行义务人有不能为对待给付的现

实危险,

并可能害及先履行义务人的债权实现时,

先履行义务人才能行使不安抗辩权。

《合同法》第 6

8条列举了三种典型的财产状况恶化的情形:其一,经营状况严重恶化;其

二,

转移财产、

抽逃资金,

以逃避债务;其三,丧失商业信誉。同时,法条抽象地规定了“丧失或

者可能丧失履行债务能力的其他情形”,以防止出现法律漏洞。前三项情形就其字面含义来

说,

无须达到“丧失或者可能丧失履行债务能力”的程度,但从立法目的和体系解释的层面考

虑,

须以“丧失或者可能丧失债务履行能力”为构成要素。

所谓“丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形”,

应当包括以下类型:(1)在承揽合同

场合,

承揽人于缔约后丧失履行能力,

依约又不得转交他人完成工作;(2)在劳务合同场合,提

供劳务者于缔约后丧失履行能力等。

〔63〕

应当说,

无论是《合同法》第 6

8条前三项规定的字面意思,

还是其规范意旨,

都是将后履行

义务人的清偿能力不足作为先履行义务人行使不安抗辩权的要件之一,即关注的是后履行义

务人的责任财产的价值额,

而不是其所有的特定物是否还存在。于是,会产生一个疑问:在特

定物买卖等场合,

因出卖人将该特定物卖与他人、

该特定物毁损灭失等原因,

致使不能履行,

但

出卖人的责任财产非常充实,

买受人可否行使不安抗辩权?这里应区分合同目的而定,

若买受

人明示或可以推知的意思就是以取得该特定物为唯一的目的,则可以成立不安抗辩权;若买受

人可以接受损害赔偿以替代该特定物的交付的,

则不应成立不安抗辩权。

另外,

上述不能为对待给付的现实危险须发生在合同成立以后,

如果在订立合同时即已存

在,

那么,

先履行义务人若明知此情却仍然缔约,法律则无必要予以特别的保护;若不知此情, 还可以通过合同的撤销、

合同的无效等制度解决。

最后,

《合同法》第 6

8条关于不安抗辩权的规定非属强制性规定,可以由当事人的约定予

以变更,

所以,

当事人双方可以约定有别于《合同法》第 6

8条规定的成立要件,

不安抗辩权因双

方的约定而扩张或收缩。当然,

如果此类约定具有《合同法》第 5

2条规定的原因,

或含有《合同

法》第 5

4条规定的情形,

被撤销权人将约定撤销,或存有《合同法》第 4

7条第 1款前段、第 4

8

条规定的原因,

有权人不予追认时,

不安抗辩权的成立仍须依据《合同法》第 6

8条的规定,

而非

按照当事人的约定。还有,

如果当事人关于不安抗辩权成立要件的约定,

在实质上已经使抗辩

权成为了先履行抗辩权或同时履行抗辩权,

那么,

应当适用《合同法》关于先履行抗辩权或同时

履行抗辩权的规定,

适用《合同法》总则和《民法通则》的有关规定,

而不再适用法律关于不安抗

辩权的规定。

〔

6

3

〕任建民:

“不安抗辩权若干问题研究”,

清华大学 2

0

0

5年硕士学位论文,

第 1

3页。

第六章　合同的履行

1

1

1

(三)不安抗辩权的行使

1.

不安抗辩权的行使概说

为了兼顾后履行义务人的利益,

也便于他能及时提供适当担保,

《合同法》明确地规定了不

安抗辩权人的通知义务,

即第 6

9条前段的规定:

“当事人依照本法第六十八条的规定中止履行

的,

应当及时通知对方。

”

为了防止不安抗辩权的滥用,

《合同法》明确地规定了不安抗辩权人的举证责任,即第 6

8

条第 2款规定:

“当事人没有确切证据中止履行的,

应当承担违约责任。

”据此规定,

先履行义务

人在举出相对人丧失或可能丧失履约能力的确切证据时,有权行使不安抗辩权;先履行义务人

若没有举证出此类确切证据,

则不享有不安抗辩权,若打着行使不安抗辩权的旗号而中止履行

的,

应当负违约责任。

2.

不安抗辩权行使的特殊要求

在继续性合同场合,

在行使不安抗辩权时,存在着特殊的要求,这是由此类合同自身的特

点所决定的。

(1)行使不安抗辩权还是任意解除合同,

应当尊重当事人的选择。继续性合同存在着区别

于一时性合同解除制度的任意解除制度,

当事人一方可以随时解除合同,不依对方当事人反对

与否为转移(《合同法》第 4

1

0条)。在不安抗辩权产生的条件具备时,任意解除权行使的条件

也成熟了,

于是出现了解除合同和行使不安抗辩权竞合的现象。在这种情形下, 权利人有权自

由选择,

是行使不安抗辩权,

还是行使解除权。

(2)先、

后期次给付之间的关系与不安抗辩权。在继续性合同场合,先履行义务人可以本

期次给付的不安抗辩权对抗后履行义务人的给付请求。但后履行义务人可否以本期次给付的

不安抗辩权对抗先履行义务人的后期次的履行呢?有学者认为,

在通常情况下,

不允许先履行

义务人以后履行义务人丧失了或可能丧失后期次给付的履行能力为由,行使不安抗辩权,拒绝

自己本期次的履行。首先,不安抗辩权人负先履行的义务,对其权利的行使应严格限制。其

次,

从先履行抗辩权和不安抗辩权各自的目的及功能的比较来看,承认后履行义务人得以先履

行义务人未履行其前期次的给付为由,

行使先履行抗辩权,是为了从整体上维持当事人双方的

权利义务的均衡和公平,

而且,

每期次的给付也呈对待交换状态。在前期次给付的履行未出现

瑕疵,

且先履行义务人业已履行了本期次给付的前提下,允许以后期次给付的义务人已经丧失

了或可能丧失履行能力为由,

行使不安抗辩权,显失公平。最后,不承认此种不安抗辩权不会

发生上述先履行抗辩权中出现的不公平现象。但是,倘若相对人的后期次给付关系到合同的

整体,那么,仍然不允许行使不安抗辩权,是否反而不公正了呢?有学者认为,在继续性合同

中,

手段与目的之间的关系存在于合同的整体,如果后期次给付的履行关系到合同的整体,那

么应例外地承认其可行使不安抗辩权。不过,在这种情况下,应严格当事人的举证责任,他不

仅应对不安抗辩权的行使条件承担举证责任,而且应证明后期次给付的履行关系到合同的整

体,

后期次给付的不履行会使前期次给付的履行失去意义。

〔
6
4
〕
3.
不安抗辩权的行使效果
在不安抗辩权的行使效果上,
如果相对人未在合理期限内恢复履行能力并且未提供适当
〔
6
4
〕 李京法:
“继续性合同基础理论研究”,
清华大学法学院 2
0
0
3年法学硕士学位论文,
第 4
6页。
2
1
1 合同法(第六版)
的担保,
那么,

行使不安抗辩权的当事人可以选择解除合同。由继续性合同的特性决定,合同

解除时不能恢复原状或不宜恢复原状,所以,合同的解除原则上没有溯及力,但如果合同还没

有开始履行或先前的履行因为本期次履行能力的丧失而失去了意义, 则可以有溯及力。

〔

6

5

〕

(四)不安抗辩权的效力

在不安抗辩权的成立要件具备时,首先,在后履行义务人提供适当担保前,先履行义务人

可以中止履行合同(《合同法》第 6

8条、

第 6

9条中段)。其次,

如果后履行义务人对履行合同提

供了适当担保,

则不安抗辩权即归于消灭,

先履行义务人应恢复履行(《合同法》第 6

9条中段)。

最后,

在先履行义务人中止履行后,如果对方在合理期限内未恢复履行能力,也未提供适当担

保的,

中止履行的一方可以解除合同(《合同法》第 6

9条后段)。

〔

6

5

〕李京法:

“继续性合同基础理论研究”,

清华大学法学院 2

0

0

3年法学硕士学位论文,

第 4

7页。

# 第七章　合同的保全

## 第一节　合同的保全概述

合同的保全,

准确地说是合同债的保全,

是指法律为防止债务人的财产不当减少或难以现实

地支配而给债权人的债权带来危害,

允许债权人代债务人之位向第三人行使债务人的权利,

或请

求法院撤销债务人与第三人的法律行为的法律制度。其中,

债权人代债务人之位,

以自己的名义

向第三人行使债务人的权利的法律制度,

叫做债权人代位权制度;

债权人请求法院撤销债务人与

第三人的法律行为的制度,

称为债权人撤销权制度。为适应加强对债权人保护的趋势,

《合同法》

第 7

3条、

第 7

4条分别确立了债权人代位权制度和债权人撤销权制度,

填补了民事立法的一项空

白,

意义重大。法释[

1

9

9

9

]

1

9号及法释[

2

0

0

9

]

5号对这两项制度进一步细化,

这值得重视。

合同债的保全涉及第三人,

其效力属于合同的对外效力。本来,合同以相对性为原则,债

权人不得直接支配债务人的人身、行为及其财产,更不得直接支配第三人的人身、行为及其财

产;

债权人不得干涉债务人与第三人的法律行为,

但合同债的保全则使债权人的权利及于第三

人的行为或财产,

严重干涉了债务人与第三人的行为自由。

立法者如何突破传统民法的“合同相对性原则”,而赋予债权人代位权和撤销权?其立法

的基础在于全面衡量债权人、

债务人、

第三人(义务人)各方的利益关系:债权人的合法债权应

当得以实现;

债务人对该第三人怠于行使其权利,

对债权人又陷于迟延,

陷于非正当性的状态;

至于第三人方面,

要么是其义务本应履行却未履行(债权人代位权的场合),

要么是无偿地或以

明显不合理的低价受让给付且主观上明知(债权人撤销权的场合)。面对此情此景,为什么非

得受制于合同的相对性这个教条,而违背现代伦理呢?所以,法律设置了债

权人代位权、债权

人撤销权的制度。

〔1〕

第二节　债权人代位权

一、

债权人代位权概述

债权人代位权,

是指当债务人怠于行使其对第三人享有的权利而害及债权人的债权时,
债

〔1〕进一步的道理,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 2

4

0页。



权人为保全其债权,

可以自己的名义代位行使债务人对第三人之权的权利。

债权人代位权,

是债权人为保全其债权而代债务人行使其权利,

在性质上为基于债权人的

债权而发生的实体法上的权利,其内容在于行使债务人的权利,

〔2〕借以保持债务人的责任财

产,

而非扣押债务人的财产权利或就收取的财产有优先受偿权,它不是诉讼法上的权利。当

然,

债权人代位权虽名曰权利,

但实质上是权能,

盖必须先有债权而后才有代位权能,

〔3〕

它是债

权人的债权效力表现,

是债权的一项权能。

债权人代位权,

不是债权人对于债务人或第三人的一般的债权请求权。一般的债权请求

权,

是债权人请求债务人直接向自己为给付,

而传统民法上的债权人代位权并无使债权人直接

请求次债务人(债务人的义务人)清偿并使自己的债权优先受偿的效力。《合同法》关于债权人

代位权的规定,

未涉及债权人直接请求次债务人清偿并使自己的债权优先受偿的效力。

债权人代位权不是直接代理关系中的代理权。债权人代位权与代理权虽然都是可行使他

人的权利,

但债权人行使代位权,

系以自己的名义,

而非以债务人的名义,

债权人代位权乃债权

人固有的权能,

并非来自债务人的授权;

〔4〕

而委托代理中的代理权须有被代理人的授权,指定

代理场合的代理权来自有关机关的授权。所有这些,都表现出债权人代位权与直接代理权之

间的区别。

债权人代位权也不是固有意义上的形成权。它行使的效果,是债务人与第三人之间的法

律关系发生变更,

这虽与形成权相类似,

但债权人代位权不是依债权人一方的意思表示而形成

法律上的效力,

形成次债务人履行(对债务人的)义务的法律效果的,恰恰是债务人(对次债务

人)所享债权的效力表现,

只不过此次行使该债权的主体,

不是债务人这个本来的债权人,

而是

债权人这个代位权人。所谓债务人与次债务人之间的债权债务关系发生变化,其实并未超出

债务履行、

债权实现的范畴,

即债的关系的框架。假如一定要从法律关系形成的角度观察不可

的话,

那么,

该法律关系的形成也不是债权人代位权的直接效力,而是代位权使债权人可以向

次债务人主张债务人的权利。所以,

债权人代位权不是固有意义上的形成权,

而是以行使他人

权利为内容的法定权能。因而,

债权人在行使代位权时应尽善良管理人的注意。

之所以认定债权人代位权并非固有意义上的形成权,

还因为债权人代位权虽然行使了,

但

并不见得奏效,

在次债务人由于种种原因而未清偿时,仅凭债权人一方的意思表示,债务人与

次债务人之间的法律关系是断然不会发生变更的。而固有意义上的形成权的行使,必定会形

成一种法律关系,

这不依相对人同意与否、配合或反对、作为或不作为而转移。由此显现出债

权人代位权与固有意义上的形成权的差异。

债权人代位权,

虽然称之为代位,但其与一般所称的代位,在性质上亦有不同。一般所称

的代位,

乃指权利因法律规定而当然移转到另一主体之上,如连带债务人清偿代位、利害关系

人清偿代位、

保证人清偿代位、

物上保证人清偿代位等,

均属此类。与此有所不同,

债权人代位

权的代位,

仅指权利行使上的代位而已,并不发生权利的当然移转,也不因债权人行使代位权

〔2〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

0

3页。

〔3〕 林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

0

6页。

〔4〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

0

4页;

林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化

解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

0

6页。



而移转于该债权人。

〔5〕

总之,

债权人代位权属于债权的对外效力,

是从属于债权的特别权利,

或者说,

是债权的一

种法定权能。无论当事人是否约定,

债权人都享有它。作为债权人的固有权利,

学界通说认为

其属于广义的管理权。

〔6〕

二、

债权人代位权的成立要件

(一)债务人享有对于第三人的权利

债务人对第三人的权利,

为债权人代位权的标的。债权人代位权属于涉及第三人之权的

权利,

若债务人享有的权利与第三人无关,

则自然不得成为债权人代位权的行使对象。

债务人享有的对于第三人的权利,

可以先于债权人所欲保全的债权(被代位债权)产生,

也

可以后于该债权成立。

〔7〕

关于债务人对于第三人的权利的范围,

《合同法》规定为到期债权(第 7

3条),

法释[1

9

9

9]

1

9号进一步将其限定为具有金钱给付内容的到期债权(第 1

3条第 1款)。

此处所谓的“到期”,

需要区分情况加以判断:

(1)在第三人对于债务人的债务履行期为期

日的场合,

是指该期日届至,

也即届满。在这种情况下,

债权人行使代位权,

请求第三人履行其

对债务人的债务,

该第三人无权抗辩,

从而可以达到债权人代位权制度的立法目的。(2)在第

三人对于债务人的债务的履行期为期间的情况下,把“到期”解释为第三人对于债务人的债务

的履行期届满,

结果如同“(1)”中所述,亦不成问题。但是,如果将“到期”解释为债务的履行

期届至,

则该第三人有权以其债务的履行期尚未届满为由抗辩,暂时拒绝履行其债务,债权人

行使代位权便因此受到了阻碍,

只好等到该债务的履行期届满时再为请求,

才能达其目的。由

此看来,

将“到期债权”的“到期”统一解释为债务履行期届满,比较合适。当然,拟制的到期则

另当别论。(3)在个别情况下,

宜将此处所谓的“到期”解释为真正的到期和拟制的到期。承认

拟制的到期,

主要是为了解决第三人破产等场合债权人是否可以行使代位权的问题。

《合同法》及法释[1

9

9

9]1

9号将被代位债权局限于具有金钱给付内容的到期债权,过于狭

窄,

这不符合债权人代位权制度的立法目的,会使该制度难以发挥应有的效能,应对其予以目

的性扩张。

〔8〕 基于债权人代位权在于维持债务人责任财产的目的要求,考虑到被代位权利可

否由他人代为行使的属性,

并兼顾各方当事人的利益衡平,可代位行使的债务人对于第三人的

权利,

应包括如下几类:(1)债权;(2)物权及物上请求权;(3)以财产利益为目的的形成权; (4)以财产利益为目的的让与权,

清偿受领权等;

(5)诉讼上的公权利,

如代位提起诉讼的权利,

申请强制执行的权利,

申请注销登记的权利。

〔5〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

0

4页;

林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化

解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

0

6~4

0

7页。

〔6〕 [日]於保不二雄:

《债权总论》(新版),

有斐阁 1

9

7

2年版,

第 1

6

2页;

[日]奥田昌道:《债权总论》(增补版),悠悠社

2

0

0

0年版,

第 2

5

6页;

史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,第 4

4

5页。转引自韩世远:《合同

法总论》,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 3

6

9页。

〔7〕 中国台湾地区“最高法院”

1

9

8

3年台上字第 3

5

3

4号判例;

邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社

2

0

0

4年版,

第 3

0

4页。

〔8〕 详细理由,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 2

4

5页以下。

6

1

1　合同法(第六版)

债权人可代位行使权利的范围有所扩张,

因此对债务人负有义务的第三人的范围,

就不再

限于次债务人,

应扩至承担物权法上义务、

程序法上义务的第三人等。对此,

不可不察。

现行法同样贯彻专属于债务人自身的权利不得作为债权人代位权标的的精神,《合同法》

于第 7

3条第 1款后段宣示“债权专属于债务人自身的”不得由债权人代位行使,法释[1

9

9

9]1

9

号第 1

2条将《合同法》第 7

3条第 1款规定的专属于债务人自身的债权,解释为“基于扶养关

系、

抚养关系、

赡养关系、

继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安

置费、

人寿保险、

人身伤害赔偿请求权等权利”。这告诉我们,这些权利不得由债权人代位行

使,

也就是不得作为债权人代位权的标的。

不过,

应当看到,

法释[1

9

9

9]1

9号第 1

2条未将不作为债权、劳务债权、技能债权、税金债

权、

罚金债权等列入不得代位行使的权利范围中。一般认为,不作为债权、劳务债权、技能债

权,

其实现与债务人的资力无关,

债权人代位行使也起不到维持债务人责任财产的作用,故不

得作为债权人代位权的标的。

(二)债务人怠于行使其权利

所谓怠于行使其权利,

是指债务人应行使并且能行使而不行使其权利。所谓应行使,是指

若不及时行使,

则权利将有消灭或丧失的可能。例如,请求权将因时效届满而被义务人抗辩, 受偿权将因不申报破产债权而丧失。所谓能行使,

是指不存在阻碍行使权利的任何障碍,

债务

人在客观上有能力行使其权利。所谓不行使,即消极地不作为,是否出于债务人的过错,其原

因为何,

均在所不问。

〔9〕 另外,日本有判例认为,债务人逾期履行时,债权人无须催告债务人行

使其权利。

〔

1

0

〕

需要说明的是,

此处所谓怠于行使其权利中的权利,学说认为不应包含权能,因为权能乃

权利的作用,

不可代位。假如不是整体地行使债权或物权,

仅仅是单独、

确定地使用、

收益或处

分,

那么,

一定不可代位行使,

否则,

就干涉了债务人的自由。

〔

1

1

〕 至于行使债权整体必然要行使

其中的权能,

行使物权肯定会行使其中的权能,则以代位行使权利论,而不视为单纯地行使权

能,

因为此时的权利与其权能是浑然一体的,

是不可分离的。

此外,

有学说认为,

债务人的期待权也不得由债权人代位行使。

〔

1

2

〕 对此,应予以赞同,因为

期待权属于效力不齐备的权利,

其履行期尚未届满,

甚至没有届至,

欠缺请求力等效力。

还需说明的是,

受偿在性质上虽属权限,

但实务和通说都认为代位权人可于诉之声明中要

求代位受领。

〔

1

3

〕 该项结论值得赞同,因为受偿作为债权的一种效力,与债权连为一体,行使该

权限,

也可看做行使权利。实际上,

将请求代位受偿直接地、

简化地看成行使权限,

而不是单纯

地为了表述上的周延、

全面,

特意说成“行使债权及其受领权限”,

这种做法也未尝不可。

〔9〕欧阳经宇:

《民法债编通则实用》,

汉林出版社 1

9

7

7年版,

第 2

2

4页。

〔

1

0

〕《大民判》

1

9

3

2年 7月“民集”1

1卷 1

4

9

8页。转引自[日]於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,五南图

书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 1

5

8页。

〔

1

1

〕林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

0

7页。

〔

1

2

〕林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

0

9页。

〔

1

3

〕 中华民国最高法院 1

9

3

2年上字第 3

0

5号判例;

中国台湾地区“最高法院”台上字第 4

0

4号判例;中国台湾地区“最

高法院”1

9

7

5年台上字第 2

9

1

6号判例;

林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》，

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版，

第 4

0

7~4

0

8页。



传统理论认为，

怠于行使其权利，

主要表现为根本不主张权利或迟延行使权利。如果债务

人已经行使了自己的权利，

那么纵使其方法不当或后果不利，债权人也不得再行使代位权。

〔

1

4

〕

在这方面,

中国现行法修正了“怠于行使权利主要表现为根本不主张权利或迟延行使权利”的

界定,

将债务人怠于行使其权利的情形的范围扩展了。相应地,

债权人行使代位权的机会也就

增多了,

合同相对性原则的适用领域也就随之缩小。例如,法释[1

9

9

9]1

9号第 1

3条第 1款规

定,

债务人在不履行其对债权人的到期债务的情况下,不以诉讼方式或仲裁方式向其债务人主

张到期债权,

就构成怠于行使其对于第三人的权利。

〔

1

5

〕

次债务人不认为债务人怠于行使到期债权的,应当承担举证责任(法释[1

9

9

9]1

9号第 1

3

条第 2款)。举证成功,

就可以对抗债权人行使债权人代位权。

(三)债务人已陷于迟延

在债务人迟延履行以前,

难以预料债权人的债权能否实现,

若在这种情况下允许债权人行

使代位权,

则对于债务人的干预实属过分。反之,

若债务人已陷于迟延,

怠于行使其权利,且又

无资力清偿其债务,

则债权人的债权已经有不能实现的现实危险,此时已有保全债权的必要。

故债权人代位权应以债务人陷于迟延为成立要件。但也有例外,

虽然债务未届履行期,

但对专

为保存债务人权利的行为(保存行为),

如中断诉讼时效、

申请预告登记、

申请物权登记、

申报破

产债权等,

无须等到债务人迟延履行即可代位行使。原因在于,

这些权利因其性质决定必须及

时行使,

其行使的目的及结果在于维持债务人责任财产的现状,符合债权人代位权的目的。

〔

1

6

〕

若不及时行使该代位权,

等到债务人迟延履行时债务人的权利已经消灭,

则无代位之可能。况

且,

这种保存行为不同于实行行为,

其行使不构成对债务人行为的干涉,

而有利于债务人。

(四)对债权人造成损害

债权人代位权的目的,

既然在于保全债权,那么,就需要债权人于其债权有不能受偿的危

险时,

才可行使代位权;

债务人怠于行使其权利,

对于债权人的债权并无影响的,

法律就没有必

要通过突破合同相对性原则、

干预债务人自由的方式来赋予债权人以代位权。

〔

1

7

〕《合同法》第

7

3条及法释[1

9

9

9]1

9号第 1

1条注意到了这一点,规定上述三个要件加上对债权人造成损害

都具备时,

债权人代位权才成立。

债务人怠于行使其到期债权,

对债权人造成损害,

也可称作“有保全债权的必要”。所谓有

保全债权的必要,

是指债权人的债权,有不能依债的内容获得满足的现实危险,因而债权人有

代位行使债务人的权利以实现债权的必要。

此处所谓必要的判断,

传统见解认为,必须是债务人已陷于无资力的状态。所谓无资力, 也叫欠缺支付能力,

传统学说认为,

是指债务人负债超过资产(包括信用能力),不能清偿其债

务的现象。对保全债权的必要,

之所以解释为债务人无支付能力,

是因为保全的对象为债务人

〔

1

4

〕 参见[日]最判昭 2

8·1

2·1

4“民集”7·1

2·1

3

8

6;

[日]奥田昌道:

《债权总论》(增补版),悠悠社 2

0

0

0年版,第 2

5

8

页;

[日]田山辉明:

《债权总论》,

成文堂 1

9

9

3年版,

第 7

0页;

中国台湾“最高法院”1

9

6

1年台上字第 4

0

8号判例;邱

聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

0

5页。

〔

1

5

〕关于该条款的利弊分析,

参见崔建远:

“债权人代位权的新解说”,

载《法学》2

0

1

1年第7期。

〔

1

6

〕邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社2

0

0

4年版,

第3

0

7页;

林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化

解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

0

9页。

〔

1

7

〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

0

6页。

8

1

1　合同法(第六版)

的责任财产,

其作用本为强制执行的准备,充其量亦仅责任财产的维护而已,如债务人的责任

财产,

尚足以担保其所有负债,

则债权实现仍无可虞,

自不宜承认债权人代位权,

妨害债务人的

权利自由。

〔

1

8

〕 纵使是给付特定物的债权,也是债权,假如为保全已特定债权,而不问债务人的

资力如何,

都可行使代位权,也已超过保全制度的立法目的,且干预自由行使权利的原则。

〔

1

9

〕

这是“无资力说”。

但是,

将债权人代位权的规范功能完全局限于对一般财产的保全,

使其仅生准备强制执行

的作用,

显然过于消极,

事实上也难以发挥其应有的作用。在这种情况下,债权人可以按照民事诉讼法关于强制执行的规定,直接查封债务人对第三人的权利(或其标的),而清偿自己的债权,又何必代位行使呢?何况按照通说,因第三人履行而产生的利益直接归属于债务人的责任财产,债权人却须为代位权诉讼付出相当的成本。为了避免债权人代位权制度的目的落空,在特定物债权方面,学理上仍有逐渐趋于特定物债权实现的阐扬,认为只要特定物债权的实现发生障碍,债权就有保全的必要。〔20〕例如,甲购买乙的A物,受领前便转卖与丙,若甲怠于向乙行使交付请求权,则丙的债权将无法实现,所以,丙不问甲有无资力均可代位请求乙交付A物。〔21〕这就是“特定物债权说”。中国台湾地区“最高法院”有判例采纳了这种见解。〔22〕

时至今日,

多数赞同“无资力说”和“特定物债权说”并存、

各有其适用领域的模式。在不特

定物债权及金钱债权的场合,

判断债权有无保全的必要,应运用“无资力说”;在特定物债权的

情况下,

判断债权有无保全的必要,

宜采用“特定物债权说”。不过,在特定物债权的实现发生

障碍,

债权人代位行使债务人对第三人的权利时,不是请求该第三人交付该特定物,而是主张

损害赔偿或支付违约金的,

因该损害赔偿请求权或支付违约金请求权与一般债权在性质上没

有区别,

也应以无资力为要件。

〔

2

3

〕

《合同法》及其理论也应当采取“无资力说”和“特定物债权说”并存、各有其运用领域的模

式,

即在不特定物债权及金钱债权的场合,

判断债权有无保全的必要时,

运用“无资力说”;

在特

定物债权的情况下,

债权人代位请求第三人实际履行的,则采用“特定物债权说”。不过,债权

人代位请求第三人承担损害赔偿责任或支付违约金的,

依然奉行“无资力说”。

〔

2

4

〕

有保全债权的必要,

应当还包含这样的意思:债权人行使代位权,原则上要求债权已届清

偿期。不过,

在紧急保全债权时可以承认例外,

如裁判上的代位、

保存行为。

1.

裁判上的代位。在日本法上,

债权在履行期限届至前,因债务人不行使权利,有不可能

保全或保全发生困难之虞时,

债权人可以经过法院的许可行使代位权(《日本民法典》第 4

2

3条

第 2项、

《非诉事件法》第 7

2条至第79条)。

〔25〕这为保全债权所必需,值得中国法予以重视。

〔18〕邱聪智:《新订民法债编通则》(下),中国人民大学出版社2004年版,第306页。

〔19〕林诚二:《民法债编总论——

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

0

8页。

〔

2

0

〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

0

6~3

0

7页。

〔

2

1

〕欧阳经宇:

《民法债编通则实用》,

汉林出版社 1

9

7

7年版,

第 2

2

5页。

〔

2

2

〕中国台湾地区“最高法院”

1

9

5

8年台上字第 1

8

1

5号判例;中国台湾地区“最高法院”1

9

5

7年台上字第 4

2

2号判例。

转引自邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

0

7页。

〔

2

3

〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

0

7页。

〔

2

4

〕关于“无资力说”和“特定物债权说”的机理阐释,

以及对“无资力说”的修正,参见崔建远:“债权人代位权的新解

说”,

载《法学》2

0

1

1年第 7期。

〔

2

5

〕[日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 1

5

8页。

1

1

2.

保存行为。保存行为乃防止债务人减少财产的行为。例如,

在日本,

在债务人的权利即

将罹于消灭时效时,

实行时效中断,

进行保存登记;

或在第三债务人破产时,

申报债权。由于这

些行为对债务人没有任何不利,

加上急需保存的情形较多,日本民法允许债权人在债权届期前

代位行使债务人的权利,

而无须法院的批准(第 4

2

3条第 2项但书)。

〔

2

6

〕

三、

债权人代位权的行使

(一)行使的主体

除依债权性质不适合代位而为保全的以外(如以劳务为内容的债权或不作为债权, 但于其

转化为损害赔偿请求权时,

不在此限),凡属债权人,原则上均可为代位权的主体。

〔

2

7

〕 债务人

的各个债权人在符合法律规定的条件下均可以代位行使债务人的权利。于此场合,这些债权

人作共同原告。

(二)债权人以自己的名义行使

债权人是以代位权人的地位行使债务人的权利的,自然应以代位权人即债权人的名义行

使。行使时应尽善良管理人的注意,

因为行使代位权属于干预债务人权利的行为,

债权人若未

尽善良管理人的注意义务,

给债务人造成损害的,

则应负损害赔偿责任。

〔

2

8

〕

(三)债权人以诉讼方式行使

1.

必要性

《合同法》第 7

3条 明 文 规 定,债 权 人 代 位 权 的 行 使 采 取 诉 讼 方 式。其 立 法 理 由 如 下: (1)债权人代位权必须通过诉讼方式行使,若允许在诉讼外行使,则不易达到债权保全的目

的。(2)查清系争案件的事实,

明确真实的法律关系,是妥当处理系争案件的前提。债务人对

于第三人是否确实拥有权利,

拥有多少权利,

该权利上有无限制等,

债权人对此有时不太清楚,

而债务人参与诉讼,

这些问题会轻而易举地得到解决。(3)通过诉讼方式能够有效地保证某个

债权人行使代位权所获得的利益在各个共同债权人之间合理分配,有效地防止债权人滥用代

位权(如防止其随意处分债务人的权利或将债务人的权利用以充抵自己的债权),有效地防止

债权人与其他未行使代位权的债权人、债务人以及次债务人之间因代位权的行使而发生不必

要的纠纷。

〔

2

9

〕

2.

诉讼当事人

债权人作为原告,

共同债权人在符合法律规定的条件下均可作为共同原告。实体法上的

第三人,

法释[1

9

9

9]1

9号第 1

3条将其限缩规定为次债务人,

作为被告。

学说对原告、

被告的规定没有异议,

存在意见分歧的是法释[1

9

9

9]1

9号第 1

6条第 1款关

于“债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼,未将债务人列为第三人的,人民法

院可以追加债务人为第三人”的规定。赞同者认为,债权人未必是法律人,不见得知晓债务人

参与诉讼或仲裁的必要性,

或者即使了解这点但因其不熟悉程序也未将债务人列为第三人;再

〔

2

6

〕[日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 1

5

9页。

〔

2

7

〕林诚二:

《民法债编总论》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

0

9页。

〔

28〕林诚二:《民法债编总论》,中国人民大学出版社2003年版,第410页。

〔29〕王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社1996年版,第386页。

者,

债权人不清楚债务人对于第三人是否确实拥有权利、拥有多少权利、该权利上有无限制等

事实时,

债务人参与诉讼或仲裁,

显然有助于查清案件事实,

以顺利地解决纠纷。

3.

诉讼管辖

债权人依照《合同法》第 7

3条的规定提起代位权诉讼的,由被告住所地人民法院管辖(法

释[1

9

9

9]1

9号第 1

4条)。

债权人以境外当事人为被告提起代位权诉讼的,人民法院根据《民事诉讼法》第 2

4

1条的

规定确定管辖(法释[2

0

0

9]5号第 1

7条)。

两个或两个以上债权人以同一次债务人为被告提起代位权诉讼的,人民法院可以合并审

理(法释[1

9

9

9]1

9号第 1

6条第 2款)。

需要注意的是,

如果一个或数个债权人已就某项债权行使了债权人代位权,那么,其他债

权人就不得就该项债权再行使代位权,

提起代位权诉讼;

若提起,

人民法院则予以驳回。不过,

其他债权人可以就另外的债权行使代位权,

除非不具备代位权行使的要件;也可以通过起诉债

务人,

请求其履行债务,

以实现其债权。

还需注意的是,

债权人向人民法院起诉债务人以后,

又向同一人民法院对次债务人提起代

位权诉讼的,

若符合《合同法》第 7

3条第 1款规定的“债务人怠于行使其到期债权,

对债权人造

成损害的”条件,

以及法释[1

9

9

9]1

9号第 1

3条的相应解释,并符合《民事诉讼法》第 1

0

8条规

定的起诉条件的,

人民法院应当立案受理;

不符合《合同法》第 7

3条第 1款规定的“债务人怠于

行使其到期债权,

对债权人造成损害的”条件,

以及法释[1

9

9

9]1

9号第 1

3条的相应解释的,告

知债权人向次债务人住所地人民法院另行起诉(法释[1

9

9

9]1

9号第 1

5条第 1款)。

债务人在代位权诉讼中对债权人的债权提出异议,

经审查异议成立的,

人民法院应当裁定

驳回债权人的起诉(法释[1

9

9

9]1

9号第 1

8条第 2款)。

受理代位权诉讼的人民法院在债权人起诉债务人的诉讼发生法律效力以前, 应当依据《民

事诉讼法》第 1

3

6条第 5项的规定中止代位权诉讼(法释[1

9

9

9]1

9号第 1

5条第 2款)。

4.

代位权诉讼中的抗辩

在代位权诉讼中,

次债务人对债务人的抗辩,

可以向债权人主张(法释[1

9

9

9]1

9号第 1

8条

第 1款)。

5.

代位权诉讼中的财产保全

在代位权诉讼中,

债权人请求人民法院对次债务人的财产采取保全措施的,

应当提供相应

的财产担保(法释[1

9

9

9]1

9号第 1

7条)。

(四)行使范围

由债权人代位权的规范意旨决定,债权人代位权的行使范围自然应被限制在保全债权的

必要范围内。针对该范围,

《合同法》第 7

3条第 2款前段表述为“代位权的行使范围以债权人

的债权为限”。在该必要范围内,

债权人可以同时或顺次代位行使债务人的数个权利。但在行

使一个权利就足以达到目的时,

不得行使其他权利。

〔

3

0

〕在应代位行使的权利的价值超过债权

保全的价值时,

只有在必要的限度内,分割债务人的权利,债权人才能行使代位权。但在债务

〔

3

0

〕[日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 1

6

5页。

第七章　合同的保全

1

2

1

人的权利不能分割行使时,

债权人可以行使全部的权利。

〔

3

1

〕

《合同法》第 7

3条第 2款前段所谓的“债权人”,是限于行使代位权的债权人,还是也包括

其他共同债权人?就《合同法》第 7

3条第 2款前段的文义来看,似应为行使代位权的债权人。

如此解释也符合法释[1

9

9

9]1

9号第 2

0条关于“债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民

法院审理后认定代位权成立的,

由次债务人向债权人履行清偿义务,债权人与债务人、债务人

与次债务人之间相应地债权债务关系即予消灭”的规定。“由次债务人向债权人履行清偿义

务,

债权人与债务人、

债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭”,

行使代位权的债

权人自然无权行使超过其债权范围的权利。但是,若采取行使代位权所获财产直接归入债务

人的责任财产之中的“入库规则”,

其他共同债权人已经向债务人主张权利,

则行使范围应扩及

已经主张权利的共同债权人的债权,

不然,

代位权人虽然付出了较高的成本却难以使自己的债

权全部得到满足。

在代位权诉讼中,

债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额或超过次债务人

对债务人所负债务额的,

对超出部分人民法院不予支持(法释[1

9

9

9]1

9号第 2

1条)。

(五)可代位行使的行为类型

债权人行使代位权,

限于保存行为和实行行为,原则上不包含处分行为。

〔

3

2

〕 例如,不允许

免除单纯债务、

放弃权利、

延缓受偿期限等处分行为。但是,如代位权的标的为易于腐烂变质

之物,

则应允许代位债权人享有处分权。

〔

3

3

〕 不仅如此,在与债务人的全部财产相关联,为保全

债务人的财产所必要时,

日本判例允许将债权、撤销权、解除权、买回权等权利的行使,以及买

卖、

抵销、

变更等的交换利益行为,

当做一种管理行为而加以实施。

〔

3

4

〕 例如,在债务人对次债务

人的债权未附担保,

而次债务人对债务人的债权却附有担保的场合,债权人代位债务人主张抵

销,

债务人提供的担保即归消灭,

这对于债务人的责任财产自有裨益,

应当允许。

〔

3

5

〕

(六)债权人代位权行使的期限限制

由于债权人的代位权不是固有意义上的形成权,债权人行使它的期间不宜适用除斥期间

的规定。

因为债权人的代位权是以债权人行使债务人对于第三人的权利为内容的法定权能,涉及

债权人对债务人的债权,

以及债务人对第三人的权利,所以,债权人在行使该权的期间上要受

到双重限制:

其一,

受到债权人对于债务人的债权所要求的履行期限、

诉讼时效期间、

权利失效

(期间)制度的限制。也就是说,

如果债权人对于债务人的债权尚未届期,那么,债权人欲行使

代位权,

债务人有权抗辩;

即使债务人对于债权人的债务已届履行期,但因债权人怠于主张其

债权,

致使该债权超过了诉讼时效期间,

当债权人行使代位权时,

债务人亦可抗辩。退一步说,

即使不存在履行期限、

诉讼时效方面的问题,如果债权人的债权不行使的期间过长,以至于使

人相信债权人不会再行使其权利,那么,债权人再行使其债权就有悖于诚实信用原则,也不应

〔

3

1

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 4

5

2页。

〔

3

2

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 4

5

2页;

胡康生主编:

《中华人民共和国合同法释义》,

法律出版社 1

9

9

9年版,

第 1

2

2页。

〔

33〕邱聪智:《新订民法债编通则》(下),中国人民大学出版社2004年版,第308页。

〔34〕[日]於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,五南图书出版有限公司1998年版,第165页。

〔

3

5

〕林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

1

1页。

2

2



允许债权人再主张该债权。这就是权利失效(期间)制度。其二,受到债务人对于第三人的权
利所要求的期间的限制。如果债务人对于第三人的权利为债权,

则要受到该项债权的履行期、

诉讼时效期间的限制;

如果债务人对于第三人的权利是物权及物权请求权,则物权本体不受诉

讼时效的限制,

关于这一点似无不同意见,

但物权请求权是否受诉讼时效的限制,

法无明文,

学

说上尚有争论,

多数说认为排除妨害请求权、消除危险请求权不适用诉讼时效制度,不登记物

权的返还请求权适用诉讼时效制度,

登记物权的返还请求权则不适用;如果债务人对于第三人

的权利是抵销权等形成权,

那么该权利显然会受到除斥期间的制约;如果债务人对于第三人的

权利是对重大误解等民事行为的撤销权或变更权,那么该权利还要受到诉讼行使方式的拘束; 如果债务人对于第三人的权利是诉讼上的权利,

那么该权利必须适用程序法的规定。

在物权及其请求权方面,

同样存在着权利失效(期间)制度的限制。如果债务人对于第三

人的物权请求权不行使的期间过长,以至于使人相信该债务人不会再行使其物权请求权,那

么,

债务人再行使其物权请求权就有悖于诚实信用原则,

也不应允许他再主张该物权请求权。

四、

债权人代位权行使的效力

(一)对债务人的效力

1.

债务人是否丧失处分权

在债权人行使代位权后,债务人对于代位权标的的处分权应否受到限制,

学说上颇有争

论。“肯定说”主张,

在债权人将代位权行使的事实通知债务人后,

或债务人已经知晓债权人行

使代位权后,

债务人对于债权人代位行使的权利,

不得再予以行使,

不得为处分行为,

不得提起

为行使权利的诉讼。

〔

3

6

〕这符合债权人代位权制度的规范目的,因为对于债务人的处分权能若

不加以限制,

允许债务人任意处分其财产,

则债权人代位权制度的目的可能落空。“否定说”则

认为,

如何保全债权,

民事诉讼法上有保全程序的规定,债权人如不依法实施冻结、查封,则理

应自行负担风险,

“肯定说”似有使债权人代位权发挥冻结、查封程序的作用之虞,与交易安全

的保护亦有抵触,

解释上应以“否定说”为当。

〔

3

7

〕“否定说”兼顾实体法和程序法,使二者相互

衔接、

配合,

有其道理。法释[1

9

9

9]1

9号第 1

7条关于“在代位权诉讼中,债权人请求人民法院

对次债务人的财产采取保全措施的……”的规定,

也点明了债权人代位权制度与民事诉讼法上

的财产保全制度的衔接,

“否定说”在现行法上的依据更为充分。

当然,

即使按照“肯定说”,

对于超过债权人代位请求数额的债权部分,只要能够将之区隔

出来,

债务人也有处分的权能,

可以向有管辖权的法院另行提起诉讼,只是在代位权诉讼的裁

决发生法律效力以前,

债务人提起的诉讼应当依法中止(参照法释[1

9

9

9]1

9号第 2

2条)。

2.

诉讼时效的中断

债权人提起代位权诉讼的,

应当认定对债权人的债权和债务人的债权均发生诉讼时效中

断的效力(法释[2

0

0

8]1

1号第 1

8条)。并且,

债权人对同一债权中的部分债权主张权利,

诉讼

时效中断的效力及于剩余债权,但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外(法释[2

0

0

8]1

1

〔

3

6

〕[日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 1

6

6页。

〔

3

7

〕邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

0

8页;

林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化

解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

1

2~4

1

3页。

第七章　合同的保全

3

2

1

号第1

1条)。

3.

代位行使债权所得利益是否直接归属债务人

传统观点认为,

行使债权人代位权就是行使债务人的权利,

其行使的效果直接地归属于债

务人,

成为全体债权人的共同担保。代位的债权人也不能因代位而取得优先受偿权, 只能与其

他债权人平等地接受清偿。

〔

3

8

〕 即使在债权人受领交付场合,也必须把该交付作为对债务人

(次债务人的债权人)的清偿,而不能将它直接作为对债权人自己债权的清偿。

〔

3

9

〕 在中国,是

由次债务人向债权人履行清偿义务,

债权人和债务人、债务人和次债务人之间相应的债权债务

关系即予消灭(法释[1

9

9

9]1

9号第 2

0条)。

对法释[1

9

9

9]1

9号第 2

0条关于“由次债务人向债权人履行清偿义务”的规定,可不作债

权人就次债务人的给付享有优先受偿权的解释,

而将之解读为:它是在无其他共同债权人主张

或依债务人的指令所为诸种情况下,

次债务人交付标的物或提供劳务的中性的路线图。

〔

4

0

〕

在没有抵销场合,

如债务人未为任意履行,债权人欲实现其债权,则须依强制执行程序进

行。在执行中,

具有企业法人资格的被执行人不能清偿到期债务,根据债权人或债务人的申

请,

人民法院可以依法宣告被执行人破产(《关于民事诉讼法的意见》第 2

7

6条)。被执行人为

公民或其他组织的,

在执行程序开始后,

被执行人的其他已经取得执行依据的或已经起诉的债

权人发现被执行的财产不能清偿所有债权的,可以向人民法院申请参与分配(《关于民事诉讼

法的意见》第 2

9

7条)。参与分配申请应当在执行程序开始后,被执行人的财产被清偿前提出

(《关于民事诉讼法的意见》第 2

9

8条第 2款)。另外,在执行阶段,也可能出现执行竞合的现

象,

此属民事诉讼法的内容,

此处不赘述。

〔

4

1

〕

4.

费用的负担

债权人行使代位权的必要费用,

由债务人负担(《合同法》第 7

3条第 2款后段),从权利的

角度来说,

该债权人享有费用偿还请求权。在债权人行使代位权属于对共同债权人的债权为保

全时,

此种费用可以作为共益费用,

代位权人就债务人的责任财产具有使其债权受偿的效力。

此处所谓必要费用,

范围如何界定呢?法无明文规定。诉讼费用、

为诉讼调查取证所必须

支出的费用、

为财产保全所支出的费用、债权人代为受领次债务人的给付所支出的费用等,应

当包括在内。当然,

债权人行使代位权胜诉的,

按照法释[1

9

9

9]1

9号第 1

9条的规定,

诉讼费用

由次债务人负担,

从实现的债权中优先支付。

需要讨论的还有,

此处所谓的必要费用,是否包括代位权诉讼所支付的律师代理费、差旅

费。鉴于代位权诉讼的确需要支付律师代理费、

差旅费,鉴于法释[1

9

9

9]1

9号第 2

6条前段明

确规定“债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用,由债务人负担”,鉴于债

权人撤销权和债权人代位权的规范目的相同或相近,二者的行使都必须经过诉讼程序,在代位

权行使的必要费用的范围方面,

准用法释[1

9

9

9]1

9号第 2

6条前段的规定,这一做法有着较为

充分的理由。

为诉讼调查取证所必须支出的费用、

为财产保全所支出的费用、

债权人代为受领次债务人

〔

3

8

〕 [日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,
第 1
6
7页。
〔
3
9
〕 [日]奥田昌道:
《债权总论》(增补版),
悠悠社 2
0
0
0年版,
第 2
6
8页。
〔
4
0
〕 详细分析,
参见崔建远:
《合同法总论》(中卷),
中国人民大学出版社 2
0

1

2年版,

第 2

6

4页以下。

〔

4

1

〕 韩世远:

《合同法总论》,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 3

9

0页。



的给付所支出的费用、

律师代理费、

差旅费等费用,

原则上应由债务人负担,

还有法定委托关系

说、

〔

4

2

〕

无因管理准用说等理论的支持。

按照法定委托关系说,

在债权人代位权行使的过程中,

债权人和债务人之间依法当然成立

委托关系,

债权人是受托人,

债务人为委托人,代位行使债务人对于第三人的权利则属委托事

务。依据委托关系,

受托人在处理委托事务中所支出的必要费用自然由委托人负担,

即使在此

过程中受托人具有过失,

也是如此。所以,债权人这个受托人行使代位权所支出的必要费用, 即处理委托事务所支出的必要费用,

应当由债务人这个委托人负担。

依据无因管理准用说,

债权人行使代位权,相当于债权人(管理人)实施无因管理,其未违

反债务人(本人)的意思且有利于债务人(本人)。为诉讼调查取证所必须支出的费用、为财产

保全所支出的费用、

债权人代为受领次债务人的给付所支出的费用、律师代理费、差旅费等费

用,

可以看做是在无因管理过程中发生的必要费用,

理应由债务人(本人)负担。只是特定物债

权因代位权的行使而实现,

因规范性质及功能均为有异,并无债务人的利益归属及债权人全体

均沾的问题,

尚无无因管理费用求偿的适用。

〔

4

3

〕 当然,存在着“反对说”,认为债权人行使代位

权欠缺为债务人谋利益的管理意思,

债权人和债务人之间不成立无因管理。

〔

4

4

〕

鉴于为诉讼调查取证所必须支出的费用、

为财产保全所支出的费用、

债权人代为受领次债

务人的给付所支出的费用、

律师代理费、差旅费等费用由债务人负担更为合理,同时考虑到债

权人行使代位权在主观上不见得均有管理的意思,法定委托关系说不失为

一种可取的理论。

当然,

无因管理准用说也并非绝对不可成立,

当债权人具有将第三人履行的利益归入债务人的

责任财产之中的意思时,

即在具有管理意思的情况下,可成立无因管理。不过,在债权人不具

有此种管理意思的场合,

则不构成无因管理。

5.

受领并保管第三人给付的标的物与留置权

代位权人受领第三人给付的标的物,

并因保管该物而支出必要费用的,

产生必要费用偿还

请求权。该必要费用偿还请求权与该标的物属于同一法律关系,应当成立留置权。代位权人

可就该留置物的变价使其必要费用偿还请求权优先受偿。

〔

4

5

〕而在债权人事实上优先受偿的场

合,

其行使代位权的必要费用则不再构成共益费用,

因而不应当再发生上述的优先受偿权。

6.

代位权诉讼的裁判效力是否及于债务人

债权人因行使代位权,对第三人提起诉讼而获得裁判时,债务人或其他债权人参加诉讼

的,

参加者不得主张本诉讼的裁判不当,

亦即为该裁判的效力所及。

〔

4

6

〕

(二)对第三人的效力

债权人代位行使的系债务人的权利,

债权人的地位不宜超越债务人,

亦即第三人对债务人

原有的法律地位不因代位权的行使而受影响。因此,

第三人对债务人的抗辩权,

无论是本于原

〔

4

2

〕[日]於保不二雄:

《债权总论》(新版),

有斐阁 1

9

7

2年版,

第 1

7

6页。

〔

4

3

〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

1

0页。

〔

4

4

〕 林诚二:

《民法债编总论》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

1

4页。

〔

4

5

〕[日]奥田昌道:

《债权总论》(增补版),

悠悠社 2

0

0

0年版,第 2

6

8页;林诚二:《民法债编总论》,中国人民大学出版

社 2

0

0

3年版,

第 4

1

4页。

〔

4

6

〕邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

0

9页;

林诚二:

《民法债编总论》,

中国人民

大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

1

3页。

第七章　合同的保全

5

2

1

法律关系的抗辩(包括权利发生的抗辩、权利存续的抗辩和权利消灭的抗辩),抑或是抵销抗

辩,

第三人均可以之对抗行使代位权的债权人。

〔

4

7

〕不过,如果采取债权人代位权的行使会限制

债务人的处分权的观点,

则于债权人行使代位权后,因债务人处分其财产而发生的抗辩权,第

三人不得用来对抗债权人。

〔

4

8

〕

(三)对债权人的效力

若认为法释[

1

9

9

9

]

1

9号第 2

0条关于“由次债务人向债权人履行清偿义务”的规定,

确认了行

使代位权的债权人有权直接请求第三人向其履行,

使其债权具有优先受偿的效力,

那么,

债权人代

位权就具有使第三人履行的利益直接归属于债权人的效力。当然, 本书作者不赞同这种解释。

在采取第三人履行的利益直接归属于债务人的模式的情况下,债权人不得对其他共同债

权人主张优先受偿权。不过,

债务人如同意以该利益清偿其对代位债权人的负债,

其他共同债

权人又未主张其债权,

或代位债权人依强制执行程序行使的,

则应认为发生清偿的效力。本书

作者赞同这种观点,

但不应忽视下述实际情形及结果:

(1)在债权人提起代位权诉讼,

其他债权

人没有向债务人主张其债权,

也没有向第三人主张代位权的情况下,第三人的清偿虽然名义上

归属于债务人,

但也不影响债权人债权的自然实现。(2)在第三人向债务人清偿的场合, 债权

人请求债务人清偿,

债务人无权拒绝,

债权人没有义务如同保管人那样守着次债务人给付的财

产,

等待着睡眠的其他共同债权人醒来共沾利益。(3)在第三人直接向债权人履行,但其他共

同债权人向债务人主张债权的场合,

按照“入库规则”,给付物虽然交付给了债权人,但债权人

并不能因此而取得给付物的所有权,

该给付物对于债权人来说属于不当得利,债权人负有向债

务人返还不当得利的债务。不过,

该返还债务与债务人对债权人的债务,

若表现为金钱债务或

其他类型的同种类债务,符合抵销权的要件,则债权人可主张抵销,无须实际返还不当得利。

这在客观上使得债权“优先实现”。

至于债权人于代位受领第三人的给付后,

可否主张抵销,

存在着“肯定说”与“否定说”的争

论,

已如前述。本书作者原则上赞同“肯定说”,

但应强调“返还债务与债务人对债权人的债务,

表现为金钱债务或其他类型的同种类债务”这个要件。

对于行使代位权所生必要费用,

债权人应享有偿付请求权,

但在“特定物债权说”运用的领

域除外。上文已述,

不再赘言。

第三节　债权人撤销权

一、

债权人撤销权概述

(一)债权人撤销权的概念

债权人撤销权,

是指债权人对于债务人所为的危害债权的行为,

可请求法院予以撤销的权

〔

4

7

〕中国台湾地区“最高法院”

1

9

5

1年台上字第 3

0

4好判例;邱聪智:《新订民法债编通则》(下),中国人民大学出版社

2

0

0

4年版,

第 3

0

9页;

林诚二:

《民法债编总论》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

1

3页。

〔

4

8

〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

0

9页。

6

2

1 合同法(第六版)

利。因为《合同法》第 7

4条规定债权人撤销权必须以诉讼的方式行使,

这就会同时产生实体法

和程序法上的效果,

故债权人撤销权又称为废罢诉权或撤销诉权。

〔

4

9

〕

(二)债权人撤销权的规范功能

债权人撤销权和债权人代位权同属合同债的保全制度,其结果均足以发挥保全债务人责

任财产的功能。唯就权利行使的作用而言,二者仍有功能上的差异。即债权人代位权系以债

务人的现有权为范围,

对于既成的社会秩序尚无破坏,制度运作上的考虑较为单纯;债权人撤

销权则不以债务人的现有权为限,其行使结果,足以破坏既成的社会制度,制度运作上的考虑

较为复杂。

〔

5

0

〕 情况的确如此。

债权人撤销权的行使,

具有“侵略性”,足以引起现有秩序的不安,至于其作用可否如债权

人代位权那样赋予实现特定物债权的功能,法律评价上难免颇费思量。中

国台湾地区的司法

实务在较长的时期固持肯定看法,

唯为学理多所疑虑。中国台湾地区“民法”债编修正,

为了杜

绝争议,

特别宣示了“不得仅为保全特定债权而行使撤销权”的立法政策, 以免债权人撤销权流

为实现特定债权的作用。

〔

5

1

〕这是经过验证的结论,值得赞同。

(三)债权人撤销权的性质

债权人撤销权的性质如何,

众说纷纭,莫衷一是。兹对有代表性的几种界定简介如下,通

过比较分析,

选择其中之一。

1.

形成权说

形成权说认为,

债权人撤销权是一种具有依债权人的意思而撤销债务人与第三人之间的

法律行为(诈害行为)的效力的形成权。依此说,

撤销权诉讼为形成之诉。该说主张的“撤销法

律行为”,

为法律用语,

并以形成权概念为基础,

从形式逻辑上讲最为明白简洁。但是这一说法

不仅超越保全责任财产的目的,

过于强调撤销的绝对效力从而会引起不当交易关系的混乱,而

且为取回责任财产还要援用债权人代位权,

这往往并不符合这一制度的目的。

〔

5

2

〕

2.

请求权说

请求权说认为,

债权人撤销权是向因债务人的行为而受利益的第三人直接请求返还的债

权。该说的本质在于取回因诈害行为而散失的责任财产。它是德意志普
通法兴起后的通说, 最符合债权人撤销权制度的目的。但 2

0世纪开始强调形成权概念,

使请求权说在形式逻辑上

存在矛盾,

特别是,

在责任财产仍然存在、

并未散失的情况下,

成立了会导致责任财产散失的诈

害行为。例如,

赠与、

买卖、

保证等合同虽已订立但未实际履行,

或免除债务的意思表示已经到

达债务人之处,

此类诈害行为是否能作为债权人撤销权的标的呢?若采取请求权说予以说明, 显然不妥。其原因在于,

撤销了这些诈害行为,

却因第三人并未从债务人处受领财产而不存在

请求返还的债权,

不但使得请求权说欠缺客观基础,

而且使撤销成了只开花不结果的作秀。

〔

5

3

〕

请求权说的内部又分为基于法律规定的返还请求权、基于侵权行为的返还请求权及类似

于不当得利的返还请求权等。依此说,

撤销权诉讼为给付之诉。

〔

4

9

〕 林诚二:

《民法债编总论》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

1

4页。

〔

5

0

〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

1

0页。

〔

5

1

〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

1

0~3

1

1页。

〔

5

2

〕 [日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 1

7

0页。

〔

5

3

〕[日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 1

7

0页。





3.

折中说

折中说认为,

撤销权兼具形成权与请求权的性质。债权人撤销权的行使,

一方面使债务人

与第三人的法律行为归于无效;另一方面又使债务人的责任财产回复至行为前的状态。依此

说,

撤销权诉讼通常兼具形成之诉与给付之诉两种性质。中国学者多采此说。

4.

责任说

责任说是 2

0世纪 5

0年代出现的新学说,由德国学者保卢斯(G.Pa

u

l

u

s

)最先提倡,

〔

5

4

〕影

响及于日本。

〔

5

5

〕 责任说将债权人撤销权作为一种伴有“责任上的无效”效果的形成权,
撤销权

诉讼便是一种形成诉讼。

〔

5

6

〕 责任说尽管有力,但在日本尚属少数说,其基本构思如下:迄今为

止的学说认为,

财产从债务人名下转移到受益人处(财产流失的物权效果)会有害债权人, 故欲

恢复责任财产,

须实际上(在物权上)将取回的财产归到债务人名下。责任说对此提出批评, 认

为准确地说,

财产物权流失的反射效果以及流失的财产不再构成债务人的责任财产的事实(责

任法上的效果)有害债权人,

故欲恢复责任财产,

只要撤销这一反射性效果使之归于无效(责任

上的无效)即可。

〔

5

7

〕撤销的效果是使撤销的相对人处于以其取得的财产对债务人的债务负责

的状态。换言之,

撤销的相对人只是被置于一种物上保证人的地位(物的有限责任), 因而对于

债务人的地位并不产生任何影响。撤销权诉讼的被告,

仅包括受益人或转得人即可,

并不必须

要以债务人为被告。就债权人与撤销的相对人之间的责任关系的具体实现而言,债权人可以

通过请求强制执行来直接实现(作为撤销的结果,

债权人拥有了对于受益人或转得人的强制执

行容忍请求权),

不必将脱逸财产实际归还给债务人。使责任关系具体实现的手续,是与撤销

诉讼一起或另行提起的责任诉讼(作为一种给付诉讼的强制执行容忍诉讼)。

〔

5

8

〕 该说的难点

在于,

与德国法不同,

日本法上没有责任之诉的诉讼形式,

中国法亦然。

二、

债权人撤销权的成立要件

(一)概述

罗马法将债务人的行为分为有偿行为与无偿行为。在无偿行为场合,仅有客观要件即可

行使撤销权;

而在有偿行为场合,还应具备主观要件。德国民法、瑞士债务法和中国台湾地区

“民法”加以继受,

规定:

在有偿行为的情况下,

债权人撤销权以债务人有恶意为成立要件;

在无

偿行为的情况下,

该撤销权的成立不要求主观要件,因为无偿行为的撤销,仅使受益人失去无

偿所得的利益,

并未损害其固有利益,法律应首先保护受危害的债权人的利益。

〔

5

9

〕中国大陆

〔

5

4

〕Go

t

t

h

a

r

dPa

u

l

u

s

,Si

n

nu

n

dFo

r

me

nd

e

rGl

a

u

b

i

g

e

r

a

n

f

e

c

h

t

u

n

g

.Ar

c

h

i

vf

ü

rd

i

ec

i

v

i

l

i

s

t

i

s

c

h

ePr

a

x

i

sBd

.1

5

5,S.2

7

7f

f

.

,

1

9

5

6.日本学者对该文的介绍,

参见[日]下森定:“关于保罗《债权人撤销权的意义及诸形态》一文”,载《法学志

林》第 5

6卷第 3号(1

9

5

8年),

第 2

0

5页以下。

〔

5

5

〕[日]下森定:

“关于 债 权 人 撤 销 权 的 一 个 考 察”,载 《法 学 志 林》第 5

7卷 第 2号、3、4合 并 号 (1

9

5

9~1

9

6

0年);

[日]中野贞一郎:

“债权人撤销诉讼和强制执行”,

载《民事诉讼杂志》(第 6卷),

第 5

3页。

〔

5

6

〕[日]下森定:

《债权法论点笔记》,

日本评论社 1

9

9

0年版,

第 1

2

0页。

〔

5

7

〕 参照下森定教授于 2

0

0

2年 1

1月 1日于清华大学法学院所作讲演“日本民法中的债权人撤销权制度及其存在的问

题”。

〔

5

8

〕 [日]下森定:

《债权法论点笔记》,

日本评论社 1

9

9

0年版,

第 1

2

0页。

〔

5

9

〕 值得注意的是,

另外还有一类模式,

不区分有偿行为抑或无偿行为,

对债权人撤销权的要件(主观方面与客观方面)

统一把握,

该模式以法国法和日本法为代表。

8

2

1 合同法(第六版)

《合同法》对债务人以明显不合理的低价转让财产并造成债权人损害场合,要求行使债权人的

撤销权要以受让人知情为要件;

而针对无偿转让财产等行为造成债权人损害场合,债权人行使

撤销权未要求债务人及受益人知情。在解释上,应认为这借鉴了德国等民法的理论。也就是

说,

在有偿行为场合,

债权人撤销权以债务人有恶意为成立要件,以受让人或转得人有恶意为

行使要件。

〔

6

0

〕有鉴于此,下文分别介绍债务人的行为系无偿行为时债权人撤销权的成立要件、

债务人的行为系有偿行为时债权人撤销权的成立要件。

(二)债务人的行为系无偿行为时的成立要件

1.

须为行为前成立的债权

此处所谓“债权”,

是指债权人对于债务人享有的债权;

此处所谓“行为”,是指债务人与第

三人实施的诈害行为。换句话说,

即为债权人对于债务人的债权,

在债务人与第三人实施诈害

行为时就已经存在。

因为债权人撤销权旨在保障债权人的债权,

其可否行使,

本应以债权成立时债务人的财产

状况为判断标准,

所以,

债务人实施诈害行为后成立的债权人对于债务人的债权,不得溯及既

往地主张债权人撤销权,

原因在于行为当时尚无诈害行为可言。同理,

合同关系成立在前而其

履行在后的,

也不得将该履行行为作为诈害行为而主张撤销。合同关系更新的, 对更

新前的诈

害行为也不得主张撤销,

因为旧债务已告消灭。

〔

6

1

〕

债务人的代理人实施的法律行为,直接对债务人发生效力,所以自然可以成为撤销的标

的。

债务人以外的人实施的法律行为不能成为撤销的标的。例如,

为了债务人而约定,

对自己

的不动产设定抵押权的人,

让与其不动产的行为;

〔

6

2

〕

受益人实施的让与行为或设定抵押权的行

为〔63〕等,

都不能成为撤销权的对象。

2.

行为前成立的债权须为金钱债权或可转换为金钱债权的债权

债权人撤销权既为合同债的保全,

那么,

其债权只能是金钱债权或可转换为金钱债权的债

权,

才可允许其据此债权行使债权人撤销权。对不能转换为金钱债权的债权,不得行使债权人

撤销权。反之,

如为金钱债权或可转换为金钱债权的债权,

即使其附有条件或期限或因时效完

成而产生抗辩权,

仍可成立债权人撤销权;附有保证的债权亦同。即使附有担保物权,即使担

保物的价值不足以清偿债务,

亦可成立有债权人撤销权。

〔

6

4

〕

3.

债务人所为的行为系无偿行为

债务人的无偿行为,

系债权人撤销权的标的。对此,

《合同法》第 7

4条第 1款前段关于“因

债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产,

对债权人造成损害的,债权人可以请求人民法院撤

销债务人的行为”的规定,

以及法释[2

0

0

9]5号第 1

8条关于“债务人放弃其未到期的债权或者

放弃债权担保,

或者恶意延长到期债权的履行期,对债权人造成损害,债权人依照合同法第七

〔

6

0

〕在日本民法理论上,

并不做此种“成立要件”与“行使要件”的区分,

统一地将其作为成立要件。

〔

6

1

〕邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

1

2页。

〔

6

2

〕《大民判》

1

9

0

4年 2月 9日“民录”9辑 1

3

2页。

〔

6

3

〕《大民判》

1

9

1

7年 3月 3

0日“民录”2

2辑 6

7

1页;

《大民判》1

9

1

9年 1

1月 2

5日“民录”2

4辑 2

2

5

4页。

〔

6

4

〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

1

3页;

林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化

解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

1

6页。



十四条的规定提起撤销权诉讼的,

人民法院应当支持”的规定,

确认了这种观点。

这些可被撤销的法律行为,

既有合同,也有单独行为,但不包括债务人单纯的不作为。学

说认为,

赠与、无息借贷、保证等真正有效的合同,遗赠、捐助、债务免除等真正有效的单独行为,

均可作为债权人撤销权的标的;

而无效的法律行为、

债务人单纯的不作为、

事实行为不得撤

销。无效的法律行为当然无效,

无须撤销,债权人只需主张无效,即可保全自己的权利。事实

行为,

无论其为作为还是不作为,无从撤销。

〔

6

5

〕 至于准法律行为可否作为债权人撤销权的标

的,

通说和实务均持否定态度。

〔

6

6

〕

4.

须债务人的行为有害于债权人的债权

所谓有害于债权人的债权,

是指债务人减少其积极财产(如让与所有权、

设立他物权、

免除

债权等),

或增加消极财产(如承担债务)的行为,足以减少其一般财产,削弱共同担保,使债权

受有损害而有不能获得完全清偿的危险。

〔

6

7

〕 现存财产的变形,如买卖、互易等,不一定会导致

资力减少的后果,

只要有相当的对价,

就不属于有害债权的行为。债务人实施使债权受有损害

而不能获得完全清偿的行为,

通称之为诈害债权的行为,

或径称之为诈害行为。

诈害行为乃债权人撤销权成立的中心要件。是否有害于债权人的债权,而构成诈害行为,

不宜如债权人代位权那样采取“无资力说”和“特定债权说”并存、

各有其运用领域的模式,

而应

一律以“无资力说”来判断债务人的行为是否害及了债权人的债权,从而构成诈害行为。

〔

6

8

〕 不

过,

如何认定债务人无资力,

观点不同。瑞士民法认为无资力是指“债务超过”(Ub

e

r

s

c

h

u

l

d

e

n),

而德国和奥地利的民法则把“支付不能”(Za

l

u

n

g

s

u

n

f

a

h

i

g

k

e

i

t

)认为是无资力。不过,后来已改

采更为宽松的标准,

只要发生履行困难,即可认定为债权受到损害,债权人可行使撤销权。在

中国法上,

宜采“债务超过说”,

即如果债务人在处分其财产后便不具有足够资产清偿债权人的

债权的,

就认定该行为有害债权,

债权人可行使撤销权。如果债务人在处分其财产后仍有清偿

债权人债权的资产,

就不能认为该行为有害债权。

〔

6

9

〕

5.

债务人的行为必须以财产为标的

所谓以财产为标的的行为,

是指在财产上受到直接影响的行为。之所以将债权人撤销权

的标的限于债务人以财产为标的的行为,是因为债权人撤销权的目的在于维持债务人的责任

财产。债务人的行为,非以财产为标的者,本与责任财产无关,债权人对之

自无撤销权可言。

因此,

如结婚、

收养或终止收养、

继承的放弃或承认等行为,不以财产为标的,即使对债务人的

财产发生不利的影响,债权人也不得撤销。债务人拒绝受领利益的,亦应为同一的解释。例

〔

6

5

〕[日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,第 1

7

2页;邱聪智:《新订

民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

1

3页;

林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人

民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

1

6页。

〔

6

6

〕 中国台湾地区“最高法院”

1

9

5

3年台上字第 3

2

3号判例;

钱国成:《民法判决研究》,台北自版 1958年,第 46页;邱聪智:《新订民法债编通则》(下),中国人民大学出版社 2004年版,第 313页。

〔67〕 中国台湾地区“最高法院” 19

5

9年台上字第 1

7

5

0号判例;中国台湾地区“最高法院”1

9

6

1年台上字第 8

4

1号判决;

邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

1

4页;

林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化

解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

1

6页。

〔

6

8

〕 详细理由,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 2

7

8页以下。

〔

6

9

〕 对于清偿、

提存、

抵销、

设立抵押权、

债务人资力变动、无权处分与有害债权之间的关系的具体分析,参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 2

8

0页以下。

0

3

1　合同法(第六版)

如,

债务人拒绝对要约承诺,

债权人不得撤销债务人的该拒绝行为。

〔

7

0

〕

在这里,

应予考虑的问题是,

债务人放弃继承的行为,可否作为债权人撤销权的标的。中国台湾地区的审判实务采取否定见解,认为债权人不得主张撤销。〔71〕但有学者认为,继承人放弃继承,在性质上亦为对遗产的处分,属于以财产为标的的行为,如其结果有害债权,则应允许债权人撤销。〔72〕学说见解更有道理,值得借鉴。

只要具备以上要件,不要求债务人主观上明知其行为有害债权人的债权,债权人即可行使撤销权。

(三)债务人的行为系有偿行为时的成立要件

债务人所为的行为若为有偿行为,则债权人撤销权的成立要件,

除需具备上述无偿行为的

有关要件外,

尚需主观要件。

1.

客观要件

客观要件包括:

(1)须为行为前成立的债权;

(2)行为前成立的债权须为金钱债权或可转换

为金钱债权的债权;

(3)债务人所为的行为系有偿行为;

(4)须债务人的行为有害于债权人的债

权;

(5)债务人的行为必须以财产为标的。其中的(1)、(2)、(4)和(5)与上文“(二)债务人的

行为系无偿行为时的成立要件”相同,

不再赘述。“(3)债务人所为的行为系有偿行为”,在《合

同法》第 7

4条第 1款中段中规定为“债务人以明显不合理的低价转让财产”,法释[2

0

0

9]5号

第 1

9条第 3款增加了“债务人以明显不合理的高价收购他人财产”。依法释[2

0

0

9]5号第 1

9

条第 3款的规定,

债务人以明显不合理的高价收购他人财产的,

人民法院可以根据债权人的申

请,

参照《合同法》第 7

4条的规定予以撤销。

对于《合同法》第 7

4条第 1款中段所谓的“明显不合理的低价”,法释[2

0

0

9]5号第 1

9条

明确了判断标准:

人民法院应当以交易当地一般经营者的判断,并参考交易当时交易地的物价

部门指导价或市场交易价,

结合其他相关因素综合考虑予以确认(第 1款)。转让价格达不到

交易时交易地的指导价或市场交易价 7

0%的,

一般可以视为明显不合理的低价;

转让价格高于

当地指导价或市场交易价 3

0%的,

一般可以视为明显不合理的高价(第 2款)。

应当看到,

按债权人撤销权制度的立法目的衡量,《合同法》第 7

4条第 1款中段规定的可

撤销的有偿行为的范围过于狭窄,

虽然法释[2

0

0

9]5号第 1

9条第 3款增加债务人以明显不合

理的高价收购他人财产作为可撤销的对象,但这仍不足以使债务人的责任财产总是维持在适

当状态,

以保障债权人的债权得以实现。据此应得出结论:只要债务人的行为减少了责任财

产,

并害及债权人的债权,

就应成为撤销权行使的对象。为此,

应通过目的性扩张的方法,

补充

进催告、

通知让与债权、

为中断诉讼时效而承认债务等准法律行为,

以及虽未施行法律行为而法律

上给予同一后果的行为,

如撤销或不予追认被当做实施了法律上的追认。还有,

一般来说,

单纯诉

讼行为不得撤销,

但裁判上的和解抵销、

放弃请求、

承诺等减少财产或增加财产负担的适法行为,

〔

7

0

〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

1

6页。

〔

7

1

〕 中国台湾地区“最高法院”

1

9

8

4年 2月 2

8日民事庭会议决议。

〔

7

2

〕 戴修瓒:

《民法债编总论》,

台北 1

9

5

5年自版,

第 1

9

2页;王伯琦:《民法债编总论》,正中书局 1

9

6

2年版,第 1

9

1页;

孙森焱:

《民法债编总论》,

三民书局 1

9

7

9年版,

第 4

6

2页;

戴东雄:

《继承法实例研究》,三民书局 1

9

8

2年版,第 1

7

6

页以下;

邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,第 3

1

6页;林诚二:《民法债编总论

—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

1

8页。



也可以撤销。

〔

7

3

〕

2.

主观要件

在债务人的行为系有偿行为的情况下,债权人撤销权的成立,还需要债务人的恶意、受益

人的恶意等主观要件。

(1)债务人的恶意

恶意,

又称明知,

有意思主义与观念主义的界定分歧。按照意思主义,债务人在行为时须

有诈害的意思。按照观念主义,

债务人须明知有损害债权人的权利,

即债务人已预见其行为可

能引起或增加其无资力状态,

不以有积极损害的期望为必要。法国民法、

日本民法和中国台湾

地区“民法”采纳了后者。

债务人的恶意,

以行为时为准。行为时不知,而后为恶意的,不成立诈害行为。至于“不

知”是否出于过失,

则在所不问。

诈害行为由债务人的代理人实施的,

其恶意的有无,

根据代理人的主观状态加以判断。债

务人虽有恶意,

但事实上未产生有害于债权人的结果的,

不成立撤销权。

(2)受益人的恶意

受益人,

在《合同法》中称之为“受让人”(第 7

4条第 1款后段),

在法释[1

9

9

9]1

9号中称之

为“受益人或受让人”(第 2

4条),

是指基于债务人的行为而取得利益的人。他通常是与债务人

发生法律行为的相对人,

但在为第三人利益的合同中的受益人为该第三人。

受益人的恶意,是指第三人在取得一定财产或取得一定财产利益时,已经知道债务人所

为的行为有害于债权人的债权,也就是 说,他 已 经 认 识 到 了 该 行 为 对 债 权 会 有 所 损 害 的 事

实,至于受益人是否具有故意损害债权人的意图,或是否曾与债务人恶意串通,不在考虑之

列。

为第三人利益的合同,

以第三人(受益人)有恶意为已足,

与债务人成立法律行为的相对人

是否有恶意,

则在所不问。

受益人必须在受益时为恶意,

在受益后才为恶意的,

债权人不得行使撤销权。当受益人受

利益与债务人行为在时间上不一致时,

只要受益人在受益时为恶意,不论行为时是善意还是恶

意,

都认定为恶意。

(3)转得人的恶意

在有些立法例上,

规定有转得人(如《日本民法典》第 4

2

4条第 1项;中国台湾地区“民法”

第 2

4

4条第 4项)。所谓转得人,

是指自受益人处取得权利的人。我国《合同法》虽未明文规定

转得人,

但规定了受让人(第 7

4条第 1款)。该受让人既应指自债务人处直接取得权利的人, 即受益人,

也应当包含自受益人处取得权利的人,

即转得人。因为转得人亦为受让人。

如此,

在对转得人主张撤销权的场合,债权人应以转得人受让财产时有恶意(即知道对债

权人造成损害)为其行使撤销权的要件,

如果转得人受让财产属善意,

且价格合理,

则可以阻止

债权人撤销权的成立或行使,

这是交易安全的需要。转得人对于“不知”是否具有过失,

则在所

不问;

纵然事后知道,

其受让时属善意之事实亦不因此而改变。相应的举证责任问题,宜由转

得人就自己的善意进行举证。

〔

7

3

〕[日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 1

7

2页。



(4)举证恶意及推定

债务人、

受益人、

转得人的恶意,一般由债权人举证证明。不过,价格明显过低的,宜推定

其存在恶意。

〔

7

4

〕在不动产交易场合,足以认定有协助债务人隐匿财产,致难以执行之虞的,也

应认定为恶意的存在。

〔

7

5

〕

三、

债权人撤销权的行使

(一)行使的主体

债权人撤销权的行使主体,

是指因债务人的行为而使债权受到损害的债权人。如果债权

人为多数人,

那么,

既可以由全体债权人共同享有并行使债权人撤销权,也可由每个债权人独

立享有并行使。不过,

因债权人撤销权行使的目的在于保障全体债权人的共同利益,所以,每

个债权人行使债权人撤销权将对全体债权人的利益发生效力。

(二)行使的方式

1.

采取诉讼方式的必要性

债权人撤销权由债权人以自己的名义在诉讼上行使。之所以要求以诉讼

的形式行使,是

因为债权人撤销权对于第三人的利害关系重大,应由法院审查该撤销权的主体、成立要件,以

避免撤销权的滥用,

从而达到债权人撤销权制度的立法目的。

2.

诉讼主体

在债权为连带债权的情况下,

所有的债权人可作为共同原告主张债权人撤销权,

也可以由

其中的一个债权人作为原告。在后一种情况下,其他共同债权人不得再就该撤销权的行使提

起诉讼。

债权人在依照《合同法》第 7

4条的规定提起撤销权诉讼时只以债务人为被告,

未将受益人

或受让人列为第三人的,

人民法院可以追加该受益人或受让人为第三人(法释[1

9

9

9]1

9号第

2

4条)。

3.

管辖

债权人撤销权诉讼,

由被告住所地人民法院管辖(法释[1

9

9

9]1

9号第 2

3条)。

两个或两个以上债权人以同一债务人为被告,

就同一标的提起撤销权诉讼的,

人民法院可

以合并审理(法释[1

9

9

9]1

9号第 2

5条第 2款)。

4.

撤销权诉讼的性质

撤销权诉讼兼有给付之诉与形成之诉的性质。如依形成之诉,则仅撤销债务人的行为

即可达到增加债务人共同担保的目的。例如,债务人与第三人成立动产买卖合同,在尚未交

付该动产时,债权人撤销权的行使采用形成之诉便足够了,不需要再提起给付之诉。但在动

产已经交付,动产所有权已经转移给该第三人的情况下,撤销权的行使不

仅需撤销该动产买

卖合同,而且需依给付之诉请 求 该 第 三 人 返 还 该 动 产,〔76〕并请求该第三人注销所有权移转

〔

7

4

〕 中国台湾地区“最高法院”

1

9

6

2年台上字第 3

0

2号判例;邱聪智:《新订民法债编通则》(下),中国人民大学出版社

2

0

0

4年版,

第 3

1

8页。

〔

7

5

〕 此为日本实务的立场。转引自邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

1

8页。

〔

7

6

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 4

7

7页。

第七章　合同的保全

3

3

1

登记。

5.

行使的时间限制

撤销权自债权人知道或应当知道撤销事由之日起 1年内行使。自债务人的行为发生之日

起 5年内没有行使撤销权的,

该撤销权消灭(《合同法》第 7

5条)。之所以如此规定,是由于如

果允许债权人长时间拥有撤销权,那么必然会影响到交易的安全。另外,经过较长时间后,善

意、

恶意等的证明会变得困难。

6.

行使的范围

《合同法》第 7

4条第 2款前段规定,

撤销权的行使范围以债权人的债权为限。其目的在于

尽可能地降低撤销权的行使对交易安全的影响,

在依据法释[1

9

9

9]1

9号第 2

0条关于“债权人

向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的,由次债务人向债权人履

行清偿义务,

债权人与债务人、

债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭”的规定,

在处理撤销判决的利益的背景下,

《合同法》第 7

4条第 2款前段关于“撤销权的行使范围以债

权人的债权为限”的规定,

有其道理。不过,

在诈害行为的标的物为一套房屋等不可分物、

债权

人的债权数额仅为该房屋价值一部分的场合,仅限于债权额主张撤销并要求返还,显然不当。

于此场合,

宜认定债权人有权就该套房屋的诈害行为行使撤销权。此其一。如果按照“入库规

则”处理撤销判决的利益,

即因行使撤销权而取回的财产或代替原来利益的损害赔偿,均归属

于债务人的责任财产,

属于全体债权人的共同担保,

则《合同法》第 7

4条第 2款前段关于“撤销

权的行使范围以债权人的债权为限”的规定,有时会导致极不妥当的后果。例如,行使撤销权

的债权人的债权数额为 5

0万元,

其他共同债权人的债权数额为 3

0

0万元,

债务人赠与甲的汽车

价值 5

0万元,

以明显不合理的低价出卖与乙的房屋价值 1

2

0万元。在这种情况下,

若仅允许债

权人撤销赠与甲 5

0万元汽车的合同,

甲返还的 5

0万元的汽车由全体债权人按债权比例受偿,

则其不合理性一目了然。只有承认债权人有权撤销赠与汽车的合同、以明显不合理的低价买

卖房屋的合同,

全体债权人就价值 1

7

0万元的汽车、房屋实现其债权,才公平合理。从这个意

义上讲,

下述观点具有合理性:

债权人撤销权行使的目的在于保全所有的债权,因而其行使范

围不以保全行使撤销权的一般债权人所享有的债权额为限,而应以保全全体一般债权人的全

部债权为限度。

〔

7

7

〕

四、

债权人撤销权的效力

(一)对债务人和受益人的效力

债权人依照《合同法》第 7

4条的规定提起撤销权诉讼,

请求人民法院撤销债务人放弃债权

或以不合理的低价转让财产的行为,人民法院应当就债权人主张的部分进行审理,依法撤销

的,

该行为自始无效(法释[1

9

9

9]1

9号第 2

5条)。也就是说,

现行法对债权人撤销权未采纳责

任说。

如债务人和受益人的交易行为尚未发生物权变动的效果,则债权人撤销权仅发生形成权

的效力。如债务人和受益人之间已经完成交付,

则受益人尚需负返还财产的义务,

亦即债权人

撤销权同时发生形成权和请求权的效力。有学者认为,债务人或受益人可以提出相当价额给

〔

7

7

〕王家福主编:

《中国民法学·民法债权》,

张广兴执笔,

法律出版社 1

9

9

1年版,

第 1

8

6页。

4

3

1　合同法(第六版)

债权人,

以阻止撤销权的行使。如此,则债权人撤销权仅仅产生请求权的效力;至于受益人和

债务人之间的关系,

则依权利瑕疵担保责任处理。

〔

7

8

〕如此处理,考虑到了方方面面,值得我们

借鉴。

(二)对转得人的效力

转得人于转得时知悉债务人与受益人间的行为有撤销原因的,

债权人撤销的效果,

及于该

转得人。如转得人于转得时不知有撤销的原因,

则应依物权法上善意取得的规定取得权利,

他

人不得令其回复原状,

从而维护交易安全并兼顾善意转得人的利益。受益人和转得人均为恶

意,

而他们实施的行为为撤销效力所及的,债权人可直接向转得人请求返还利益。此时,债权

人对转得人前手和受领人,

也有回复原状请求权。受益人和转得人负不真正连带债务,

债权人

可分别或同时主张全部清偿。

〔

7

9

〕

(三)对债权人的效力

债权人撤销权的目的既在于确保债务人一般责任财产的担保,

那么,

因行使撤销权而取回

的财产或代替原来利益的损害赔偿,均归属于债务人的责任财产,属于全体债权人的共同担

保,

应按债权数额比例分受清偿,

行使撤销权的债权人对之并无优先受偿的权利。但因强制执

行而支出的费用及其他为债权人共同利益而支出的费用可求偿于债务人的,可根据强制执行

的规则就强制执行的财产优先受清偿。

〔

8

0

〕

(四)撤销之诉判决的效力

为撤销之诉的当事人应受判决效力的拘束。应受该判决效力拘束的特定继承人、标的物

占有人或其他第三人,

均不得再就该法律关系有所争执。可申请强制执行者亦限于行使撤销

权的债权人。至于其他债权人,

既非判决效力所及,则不得依该判决申请强制执行。而且,即

使债权人于撤销之诉受败诉判决确定后,

其他债权人仍可就同一诈害行为再行提起诉讼,请求

撤销。还有,

其他债权人可就撤销之诉确定的债务人的权利,

申请执行法院对之强制执行。例

如,

若撤销判决系撤销债务人赠与合同,则赠与物所有权即回复为债务人所有,其他债权人可

申请对该赠与物为强制执行。

〔

8

1

〕

五、

债权人撤销权的消灭

债权人撤销权的行使,

足以破坏现存的社会秩序,且使交易安全制度受到挑战。故《合同

法》不但严格其成立要件,

而且限制其行使时间,

以免滋生流弊,特于第 7

5条规定:撤销权自债

权人知道或应当知道撤销事由之日起 1年内行使。自债务人的行为发生之日起 5年内没有行

使撤销权的,

该撤销权消灭。

此处所谓 1年期间、

5年期间,不是诉讼时效期间,而是除斥期间。这样认定的理由,是因

为债权人撤销权具有形成权的性质,

该期间为不变期间,

不存在中止、

中断、

延长的情形。

此处所谓事由,

系债权人撤销权要件的各项事由的简称,

在无偿行为的场合指债权人知道

〔

7

8

〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

1

9页。

〔

7

9

〕 邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

1

9~3

2

0页。

〔

8

0

〕 孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 5

5

3页。

〔

8

1

〕 孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 5

5

3页。



或应当知道有诈害事实,

在有偿行为的场合尚须知道或应当知道诈害意思。

有判例、

学说认为,

不论该除斥期间是否经过,

债权人知道或应当知道撤销事由与否,纵未

经当事人主张或抗辩,

法院亦应先为调查认定,

以为判断的依据。

〔

8

2

〕

〔82〕中国台湾地区“最高法院”1996年台上字第1941号判例;邱聪智:《新订民法债编通则》(下),中国人民大学出版社2004年版,第321页。

# 第八章　合同的担保

## 第一节　合同的担保概述

一、

合同担保的概念

合同的担保,

实际上是合同债的担保,是促使债务人履行其债务,保障债权人的债权得以

实现的法律措施。

合同的担保有一般担保和特别担保之分。一般担保,是指债务人必须以其全部财产作为

履行债务的总担保。它不是特别针对某一项合同之债的,

而是面向债务人成立的全部合同的。

因此,

它在保障债权实现方面显现出了弱点,

即在债务人没有责任财产或责任财产不足的情况

下,

债权人的债权便全部不能或不能全部实现。在担保债权实现上具有优势的,当属特别担

保。所谓特别担保,

即通常所言之担保,

亦即《担保法》、

《物权法》上的担保,

在现代法上包括人

的担保、

物的担保和金钱担保,

以及所有权保留。本章所论即为这种担保。

二、

合同担保与反担保

(一)人的担保

人的担保,

是指在债务人的全部财产之外,

又附加了其他有关人的一般财产作为债权实现

的总担保。其形式主要是保证,

即基于保证人和债权人的约定,当债务人不履行其债务时,由

保证人按照约定代债务人履行债务或承担民事责任的担保方式。

(二)物的担保

物的担保,

是以债务人或其他人的特定财产作为清偿债权的标的,

在债务人不履行其债务

时,

债权人可以将财产换价,

并从中优先受清偿,使其债权得以实现的担保形式。其方式主要

有抵押权、

质权、

留置权和优先权。广义的物的担保,

还包括所有权保留。应当指出的是,现行

法虽然从整体上规定了抵押权,但证券抵押尚付阙如。而证券抵押恰恰是以担保方式作为投

资手段的重要方式,

在高度发达的市场经济中起着重要的作用,

中国立法亦应对其予以确认。

所谓所有权保留,

是指标的物虽然交付了,但其所有权仍然保留在出让人之手,待一定的

条件成就时该所有权才转移给受让人的制度。它在分期付款买卖中运用

得最为广泛。在分期

付款买卖合同约定有所有权保留的条款的情况下,

买卖物的所有权不因交付发生变动,而是待

买受人付清全部价款时才转移。这样,

会促使买受人积极支付价款,

以保障出卖人获得全部价

款。《合同法》已经规定了这种担保方式(第 1

3

4条),

这一点值得肯定,

因为市场经济是信用经

济,

信用经济必定产生分期付款买卖方式。在分期付款买卖日益增多的形势下, 所有权保留是



买受人于价款付清前可以先占有、

使用标的物,

同时能保障出卖人的价款债权得以实现的较为

理想的担保方式。应当指出的是,所有权保留还存在着其他的类型,如日本有所谓的“延长的

所有权保留”和“扩大的所有权保留”,

前者指在生产、

流通过程中,

原材料供应商为了担保价金

债权而在原材料及其加工物上保留所有权。由于这种供应商的所有权保留与融资者的让与担

保权在加工物上会发生冲突,

因此这种所有权保留在日本很少被使用。

〔1〕 所谓“扩大的所有

权保留”,

是指在继续性买卖关系中,

基于全部买卖商品与全部价金债权的牵连关系,

为担保全

部债权而保留全部买卖商品的所有权。它也被日本学者称为“根所有权保留”〔2〕或“无限所有

权保留”。

〔3〕

(三)金钱担保

金钱担保,

是在债务以外又交付一定数额的金钱,

该特定数额的金钱的得丧与债务履行与

否联系在一起,

使当事人双方产生心理压力,从而敦促其积极履行债务,以保障债权实现的制

度。其主要方式有定金、

押金。

(四)让与担保

所谓让与担保,

是指债务人或第三人为担保债务人履行其债务,

将担保标的物的权利移转

于债权人,

待债权获得清偿时,

担保标的物的权利复归于债务人或第三人,

在债务不履行时,

债

权人可以就该担保标的物受偿的非典型担保。以标的物是动产抑或不动产为标准,它可分为

动产让与担保和不动产让与担保。关于动产让与担保,

现行法尚未规定,

仅仅设置了动产抵押

权制度。关于不动产让与担保,

建设部于 2

0

0

1年修订的《城市房地产抵押管理办法》是将其作

为在建工程抵押权加以规定的(第 1

1条、

第 2

8条),

法释[2

0

0

0]4

4号亦然(第 4

7条)。

(五)反担保

所谓反担保,

是指在商品贸易、

工程承包和资金借贷等经济往来中,为了换取担保人提供

保证、

抵押或质押等担保方式,

由债务人或第三人向该担保人新设担保,以担保该担保人在承

担了担保责任后易于实现其追偿权的制度。该新设担保相对于原担保而言被称为反担保。

《担保法》第 4条第 1款规定:

“第三人为债务人向债权人提供担保时,可以要求债务人提供反

担保。

”《物权法》第 1

7

1条第 2款再次重申这一担保形式。

关于反担保提供者的范围,

《担保法》第 4条第 1款和《物权法》第 1

7

1条第 2款仅仅规定

债务人为反担保的提供者,

忽视了债务人委托第三人向原担保人提供反担保的情形。从本条

侧重保护原担保人的合法权益、

换取原担保人立保的立法目的和基本思想的角度衡量,法条文

义涵盖的反担保提供者的范围过窄,

不足以贯彻其立法目的,

构成法律漏洞。对该漏洞的弥补

应采取目的性扩张方式,

将第三人提供反担保的情形纳入本条的适用范围。法释[2

0

0

0]4

4号

第 2条第 1款已经作了这样的解释,

值得肯定。

设立反担保的行为是法律行为,

必须符合《民法通则》第 5

5条规定的有效条件。而每种反

担保的方式又各有其特定的成立要件,

因此尚需符合《担保法》和《物权法》于相应条款规定的

〔1〕 [日]近江幸治:

《担保物权法》,

祝娅、

王卫军、

房兆融译,

沈国明、

李康民审校,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 2

7

0页。

〔2〕 [日]高木多喜男:

《担保物权法》,

有斐阁 1

9

8

4年版,

第 3

4

8~3

5

0页。转引自梁慧星:

“日本现代担保法制及其对我

国制定担保法的启示”,

载梁慧星主编:

《民商法论丛》(第 3卷),

法律出版社 1

9

9

5年版,

第 1

8

6页。

〔3〕 [日]米仓明:

“所有权保留的实证研究”,

载《法学协会杂志》(第 8

1卷第 5号),第 1

1

5页。转引自[日]近江幸治:

《担保物权法》,

祝娅、

王卫军、

房兆融译,

沈国明、

李康民审校,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 2

7

1页,

注释 1。

特定成立要件。例如,

《担保法》第 3

8条和第 3

9条规定,

抵押权的设立须有抵押合同并须具有

书面形式与相应条款;第 4

1条规定以土地使用权、地上房屋等设立抵押的,应当办理登记手

续。反担保采取抵押权方式的,

亦然。

依反担保设立的目的要求,

反担保的实行,

应于原担保实行之后。

根据物权法教材和债法教材的分工计划,

本章仅介绍和讨论保证、

定金两种担保方式。

三、

合同担保的法律性质

(一)从属性

这里的从属性,

是指合同担保从属于主债,以主债的存在或将来存在为前提,随着主债的

消灭而消灭,

一般也随着主债的变更而变更。

应该看到,

对从属性的理解和要求,

存在着严格和宽松之分。中国以往关于担保的著述均

严格要求先有主债存在,

后有担保产生。绝对贯彻这一观点,

就排斥了为将来存在的债权设定

担保的情况。《担保法》已经明确规定了最高额保证(第 1

4条)和最高额抵押(第 5

9条至第 6

2

条),

允许为将来存在的债权预先设立保证或抵押权。《物权法》就最高额抵押权设置了专节

(第 2

0

3条以下)。所有这些,

显然是对合同担保的从属性的从宽把握。

(二)补充性

这里的补充性,

是指合同担保一经有效成立,

就在主债关系的基础上补充了某种权利义务

关系,

如保证法律关系、

抵押法律关系、

质押法律关系、

定金法律关系等。这些补充的权利义务

关系产生了如下法律效果:

或使得保障债权实现的责任财产(一般财产)扩张,

或使得债权人就

特定财产享有了优先权,

或使得当事人对特定数额的金钱有得丧的可能和机会,从而大大增加

了债务人适当履行其债务的压力,

增加了保障债权人的债权得以实现的可能性。当然,

在主债

关系因适当履行而正常终止时,

补充的义务并不实际履行;只有在主债务不履行,并且担保人

又无抗辩事由时,

补充的义务才履行,

使主债权得以实现。

(三)保障债权实现性

这里是从合同担保的功能来看合同担保的法律性质的,是从合同担保和民事责任的区别

上来考察合同担保的法律特征。

大陆法系和前苏联民法认为,

违约金属于合同担保的范畴。中国法学界也有不少著述持

这种观点,

甚至有人认为合同担保是一种违约责任。这就有必要认清合同担保和民事责任的

联系与区别。

合同的主要效力在于履行,只有债务人按合同的约定适当履行其债务,合同目的才能达

到,

当事人的需要才能得到满足。在债务人为自己的利益或因其他原因而不能履行其债务时, 合同目的就会落空,

债权人就不能全部或部分实现其债权。为避免这种结果的发生,

促使债务

人适当履行其债务,

民法特设民事责任制度,借以令违约人在无免责事由的情况下承受负担,使债务人积极而适当地履行其债务,

从而保障债权人的债权得以实现。从这个意义上说,

民事

责任也是对合同债的担保。但是,

在担保合同债权实现这点上,

民事责任毕竟有其不足:

(1)民

事责任的方式之一是强制履行,

而在具体的案件中,强制履行并不总是可能的。(2)虽然从总

体上说,

民事责任具有促使债务人履行其债务,从而实现债权人债权的作用,但在具体的案件

中,

它仅制裁债务人于不履行之后,

不易保障债权人于未受损害之前,

因此过于消极。(3)请求

9

3

1

债务人承担民事责任的权利终究属于债权范畴,

它同其他债权至多处于平等地位,如果债务人

不断参与新的合同等债权关系,

处分其财产,致使其丧失或降低支付能力,那么债权人仍难免

不受损害。(4)在债务不履行时成立民事责任,有时以债务人或有关第三人有过错为必要条

件。在过错归责原则下而债务人无过错地未履行债务的情况下,

由于不能成立民事责任,

债权

人的损失得不到补偿。为弥补民事责任在保障债权实现方面的种种不足,需要充分发挥合同

担保的作用。在保障债权实现这点上,

合同担保不受或少受债务人财产状况的限制,

即使债务

人的一般财产不足以清偿数个并存的债权,

被担保的债权一般也能得以实现。具体而言,

在存

在人的担保的情况下,

通过扩张一般担保的财产数量,即不仅把债务人的全部财产作为责任财

产,

也把保证人、

连带债务人或并存的债务承担人的全部财产纳入可以履行债务的范畴或列入

可以承担责任的财产范围中,

会大大提高债权实现的可能性。在物的担保的情况下,

通过使债

权人对债务人或第三人的特定财产享有优先受偿权的形式来使债权得到满足。在所有权保留

的情况下,

通过在买受人全部付清价款之前不移转标的物所有权的方式来促使买受人积极支

付全部价款;

即使买受人不付清价款,出卖人也能基于所有物返还请求权取回标的物,从而免

受损害。在金钱担保的情况下,

通过特定数额的金钱得丧的规则效力使当事人产生心理压力,

其为避免自己的金钱损失而积极履行债务,

从而保障债权的实现。总之,

合同担保具有保障债

权实现的性质,

违约责任在这点上比合同担保逊色许多。

〔4〕

合同担保和民事责任的区别还表现在,前者大多不以过错为要件,不具有惩罚性,存在着

担保权人享有收益的问题。

〔5〕

综上所述,

视合同担保为一种违约责任,

把违约金定性为合同担保并不妥当。违约金责任具

备违约责任的特点,

不与合同担保同类。例如,

在惩罚性违约金责任场合,

在《合同法》分则对特

定类型的违约行为实行过失归责、

当事人双方约定以过失为构成要件的情况下,

违约金责任的成

立,

以违约行为和过错为要件,

它对债权实现的保障作用直接受债务人的财产状况的左右。如果

说违约金具有担保作用,

也并未超出其他违约责任方式所具有的担保作用的限度。正如有的学者

所言:

“违约金作为财产责任的一种表现形式,

不具有与财产责任不同的任何特殊作用。

”〔6〕因此,

现行法把违约金责任作为违约责任的方式加以规定,

而未把它列入担保体系,

是十分科学的。

## 第二节 保　　证

一、

### 保证概述

#### (一)关于保证的界定

保证,

是指第三人和债权人约定,当债务人不履行其债务时,该第三人按照约定履行债务

或承担责任的担保方式。这里的第三人叫做保证人;这里的债权人既是主合同等主债的债权

〔4〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 3

8~4

0页。

〔5〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 3

8~4

0页。

〔6〕 [前苏联]A.

A.

法因斯坦:

《社会主义组织之间的合同责任》,

黄欣译,

江平、

黄道秀校,

法律出版社 1

9

8

4年版,

第 2

7页。

0

4

1　合同法(第六版)

人,

又是保证合同中的债权人;

这里的“按照约定履行债务或承担责任”称为保证债务,也有人

将其称作保证责任。

(二)保证的法律性质

1.

附从性

保证债务以主合同的存在或将来可能存在为前提,随主合同的消灭而消灭。其范围和强

度不得超过主合同中的债务,

不得与主合同债务分离而为移转。这些就是保证的附从性,

具体

表现在以下方面:

(1)成立上的附从性。保证以主合同的成立为前提,

于其存续期间附从于主合同。保证虽

对于将来或者附条件的合同也可成立,

但这并非附从性原则的例外。

(2)范围和强度上的附从性。由保证的目的决定,

保证的范围和强度原则上与主合同债务

相同,

不得大于或强于主合同债务。保证债务与主合同债务毕竟属于两个债务,它们的范围和

强度当然可以有差异。但是,保证债务因其具有附从性,故不得超过主合同债务的范围和强

度。如有超过,

应缩减至主合同债务的程度。例如,

保证债务的数额不得大于主合同债务的数

额,

应随着主合同债务额的降低而降低。在对附条件的主合同债务为无条件保证的场合, 只成

立附有与主合同债务同一条件的保证债务。约定保证债务的履行期早于主合同债务的履行期

的,

该约定的期限无效,

保证债务的履行期为自主债务履行期届满之日起 6个月或 2年。约定

保证债务的利息高于主合同债务的利息的,应缩减至主合同债务所要求的利息。约定主合同

债务人仅就其重大过失负责的,

保证人也只就其重大过失负责。

〔7〕

(3)移转上的附从性。在保证期间,债权人依法将主债权转让给第三人的,保证人在原保

证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的,

按照约定(《担保法》第 2

2条)。在

保证期间,

债权人许可债务人转让部分债务,

保证人书面同意的,

应当对此承担保证责任;

未经

保证人书面同意的,

保证人对未经其同意转让部分的债务,

不再承担保证责任。但保证人仍应

对未转让部分的债务承担保证责任(法释[2

0

0

0]4

4号第 2

9条)。

(4)变更、

消灭上的附从性。在主合同债务消灭时,

保证债务也随之消灭。例如,

在主债务

因主合同解除而消灭、

因适当履行而消灭时,保证债务也随之消灭。在主合同债务变更时,保

证债务一般也随之变更,

但不得增加其范围和强度。在这方面,

《担保法》第 2

4条关于“债权人

与债务人协议变更主合同的,

应当取得保证人书面同意,未经保证人书面同意的,保证人不再

承担保证责任。保证合同另有约定的,

按照约定”的规定有些绝对,

法释[2

0

0

0]4

4号作了若干

调整:

“保证期间,

债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动,未经保证

人同意的,

如果减轻债务人的债务的,保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任;如果加重

债务人的债务的,

保证人对加重的部分不承担保证责任”(3

0条第 1款)。“债权人与债务人对

主合同履行期限作了变动,

未经保证人书面同意的,保证期间为原合同约定的或者法律规定的

期间”(第 3

0条第 2款)。“债权人与债务人协议变动主合同内容,但并未实际履行的,保证人

仍应当承担保证责任”(第 3

0条第 3款)。

2.

独立性

保证债务虽附从于主合同债务,

但并非成为了主合同债务的一部分,

而是另一个独立的债

〔7〕 史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 8

3

0页。



务,

在所附从的主合同债务的范围内有独立性。因此,

保证合同可以约定保证债务仅担保主合

同债务的一部分,

保证债务的范围和强度可以不同于主合同债务,保证债务可以有自己独立的

变更或消灭原因。此外,

保证合同还可以单就保证债务约定违约金,

保证人可以单就部分债务

提供担保。对于保证合同所发生的抗辩权,

保证人可以单独行使。

尤其需要指出的是,在国际贸易中运用的诸如“不可撤销的保函”、“见索即付的保函”、

“见单即付的保函”等,

均独立于主债关系,不因主债的不成立、无效、被撤销等而归于消灭,保

证人不享有和无权行使债务人对债权人所拥有的抗辩权,债权人许可债务人转让债务,以及债

权人和债务人修改主合同,

不构成保证人不负保证责任的原因,

因而其被称为独立保证。

〔8〕

最高人民法院对独立保证的态度是,

区分国内的和国际的两种情形,

承认独立保证在对外

担保和外国银行、

机构对国内机构担保上的效力,认为独立保证在国际间是当事人自治的领

域。对于国内企业、

银行之间的独立保证采取否定的态度,

不承认当事人对独立保证的约定的

法律效力。最高人民法院屡次以判决的形式,

否定了独立保证在国内运用的有效性。

〔9〕

应当指出的是,票据保证具有独立性,体现在被保证人的签名因其欠缺行为能力而无效

的,

被保证人不承担票据债务,

保证人的签名依然有效,

保证人仍应承担保证责任。

某《最高额保证合同》约定,

保证人承诺本合同约定的保证责任不因借款合同无效而免除

(第 3条第 2款)。本书认为,

该约定违反从属性,

应属无效。

3.

补充性或连带性

按照《担保法》第 1

7条和第 1

8条等条款的规定,保证分为一般保证和连带责任保证。在

一般保证中,

先由主债务人履行其债务,

只有在对其财产强制执行而无效果时才由保证人承担

保证责任。否则,

保证人对债权人可拒绝承担保证责任。这种性质就是保证的补充性。它不

同于本章第一节阐述的担保的补充性,但以那种在主债关系之外补充了另一类法律关系的补

充性为前提。在连带责任保证中,

不存在上述履行的前后限制,

在主债务人不履行主合同债务

时,

债权人可以请求主债务人履行债务,

也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。这

就是保证的连带性。

二、

保证合同

(一)保证合同的概念分析

保证合同,

是指保证人与债权人订立的在主债务人不履行其债务时,

由保证人承担保证债

务的协议。

保证合同是单务合同、

无偿合同。在保证合同中,只有保证人承担债务,债权人不负对待

给付义务,

故而保证合同为单务合同。在保证合同中,保证人对债权人承担保证债务,债权人

对此不提供相应代价,

所以保证合同为无偿合同。

保证合同为诺成合同。保证合同因保证人和债权人协商一致而成立, 不

需另交标的物,所

以它为诺成合同。

〔8〕 曹士兵:

《中国担保诸问题的解决与展望—

—

—基于担保法及其司法解释》,中国法制出版社 2

0

0

1年版,第 2

2~2

3

页。

〔9〕 曹士兵:

《中国担保诸问题的解决与展望—

—

—基于担保法及其司法解释》,

中国法制出版社 2

0

0

1年版,

第 2

7页。

2

4

保证合同为要式合同。《担保法》第 1

3条规定:“保证人与债权人应当以书面形式订立保

证合同。

”这表明现行法上的保证合同为要式合同。

保证合同为附从性合同。除涉外的不可撤销的保函等独立保证以外,主合同有效成立或

将要成立,

保证合同才发生效力。所以,主合同无效,不论什么原因使然,保证合同均为无效, 从而表现出保证合同的附从性。正因为存在这种主从关系,所以,保证合同无效,并不必然导

致主合同无效。但当事人另有约定的,

依其约定(《担保法》第 5条第 1款后句)。

(二)当事人

保证合同的当事人为保证人和债权人。其中的债权人可以是一切享有债权之人,但原则

上必须是个别的特定之人。其为自然人、其他组织,抑或为法人,均无不可。保证人问题较为

复杂,

以下作较为详细的讨论。

1.

主债务人不得同时为保证人。如果主债务人同时为保证人,

那么,

意味着责任财产未增

加,

仍然只是主债务人以其一般财产作一般担保,保证的目的最终落空。所以,主债务人不得

同时为保证人。

2.

国家机关原则上不得为保证人。这是因为国家机关主要从事国家活动(包括立法活动、

行政活动、

司法活动等),

其财产和经费来源于国家财政和地方财政的拨款,

并主要用于符合其

设立宗旨的公务活动。虽然国家机关也进行一些民事活动,

如购置办公用品、

兴建或购买公务

员住宅等,

但都以必要和可能为前提。因此,国家机关的财产和经费若用于清偿保证债务,则

不仅与其活动宗旨不符,

也会影响其职能的正常发挥。此外,

国家机关在对外代表国家从事管

理活动时,

所欠债务由国家承担;

以机关法人名义从事民事活动时,应以财政所拨预算经费为

限,

而预算经费是其为履行国家职能所必需的,在经费紧张的今日,一般无剩余可言。故国家

机关一般不具有代偿能力,

由其作为保证人并不能保证债权的实现。为此,

《担保法》第 8条开

首便规定:

“国家机关不得为保证人,但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款

进行转贷的除外。

”外国政府贷款和国际经济组织贷款一般由国家有关主管机关负责借入,然

后按有关规定转贷给国内有关单位。在转贷时,

一般要求国内借款单位提供还款担保,

这种担

保得由国家机关提供。如外国政府贷款的转贷,就要求借款单位提交省、直辖市、自治区或计

划单列市计委的还款担保。

〔

1

0

〕

法释[2

0

0

0]4

4号第 3条规定:

“国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体违反法律

规定提供担保的,

担保合同无效。因此给债权人造成损失的,

应当根据担保法第五条第二款的

规定处理。

”

3.

学校、

幼儿园、

医院等以公益为目的的事业单位、

社会团体也不得作保证人(《担保法》第

9条)。公益乃不特定之多数人的利益,

一般是非经济利益。如果允许上述机构为债权人提供

担保,

那么这极有可能会减损其用于公益目的的财产,无疑有违公益法人的宗旨。因此,法律

不允许它们作保证人。

〔

1

1

〕

但应看到,

在实践中,

有些事业单位利用本单位所拥有的技术或知识,向社会提供有偿服

务,

并取得一定的报酬。这些单位除了国家或地方的财政拨款外,

尚有自己的经济收入。有些

〔

1

0

〕董开军主编:

《〈中华人民共和国担保法〉原理与条文释义》,

中国计划出版社 1

9

9

5年版,

第 5

1~5

3页。

〔

1

1

〕董开军主编:

《〈中华人民共和国担保法〉原理与条文释义》,

中国计划出版社 1

9

9

5年版,

第 5

1~5

3页。

第八章　合同的担保

3

4

1

事业单位实行了企业化管理,

自负盈亏;

还有些事业单位按照有关规定既从事国家核拨经费的

工作,

又从事经营活动。因而,

对事业单位法人可否充任保证人,不可一概而论。对那些领取

《企业法人营业执照》或国家政策允许从事经营活动的事业单位法人,应当认为其有从事保证

活动的权利能力,

可以充任保证人。对此,

法释[2

0

0

0]4

4号规定,

从事经营活动的事业单位、

社

会团体为保证人的,

如无其他导致保证合同无效的情况,所签订的保证合同应当认定为有效

(第 1

6条)。

4.

企业法人的分支机构、

职能部门,

因其主体资格、

清偿能力等方面的原因,

也不宜充任保

证人。《担保法》第 1

0条规定:

“企业法人的分支机构、

职能部门不得为保证人。企业法人的分

支机构有法人书面授权的,

可以在授权范围内提供保证。

”对此,法释[2

0

0

0]4

4号加以了细化

及弹性处理,

具体地说,

企业法人的分支机构经法人书面授权提供保证的,如果法人的书面授

权范围不明,

那么,

法人的分支机构应当对保证合同约定的全部债务承担保证责任(第 1

7条第

2款)。企业法人的分支机构经营管理的财产不足以承担保证责任的,由企业法人承担民事责

任(第 1

7条第 3款)。企业法人的分支机构提供的保证无效后应当承担赔偿责任

的, 由分支机

构经营管理的财产承担。企业法人和债权人都有过错的,应当根据其过错程度各自承担相应

地民事责任;

债权人无过错的,

由企业法人承担民事责任(第 1

7条第 4款)。

5.

股份有限公司和有限责任公司的财产为股东或出资人所出,

并最终归他们所有,

因而公

司的工作人员不得擅自以此作保证财产,损害股东、出资人的合法权益,除非具备 《公司法》

(2

0

0

5年)规定的条件。

6.

充任保证人是否需要有行为能力?从《担保法》第 1

0条关于“企业法人的分支机构、职

能部门不得为保证人。企业法人的分支机构有法人书面授权的,

可以在授权范围内提供保证”

的规定来看,

要求保证人应有行为能力。没有行为能力的法人的分支机构、

职能部门欲充任保

证人的,

尚需法人的授权,

实际上它们是居于法人的代理人的地位订立保证合同的。

至于银行的支行、

分理处取得授权的方式,一种意见认为,现行法已经总体授权它们有以

法人的名义签订储蓄、

借款、

保证、

抵押、

质押等合同的权限;

另外的意见则区分情况,

主张银行

的支行、

分理处在签订保证、

抵押、

质押等合同时必须出示法人的授权书,只有这样,才能表明

其具有代理权。本书倾向于前者。

(三)保证合同的内容和形式

按照一般的理解,

保证合同的内容是指保证人承担的保证债务(保证责任)和享有的抗辩

权、

债权人享有的请求保证人承担保证债务的债权。因为这些权利义务主要通过保证合同的

条款来体现和固定(未通过合同条款体现的权利义务由法律规范直接规定或由裁判者补充), 所以,

保证合同的内容也可指保证合同的条款。

根据《担保法》第 1

5条的规定,

保证合同具有以下内容或曰条款。

1.

保证的主债权种类和数额

被保证的主债权种类,

如借款合同中的还本付息债权、

买卖合同中的请求交付标的物或支

付价款的债权等均属此类。

自然债务是否可成为保证的对象,应分两种情形而定:其一,在保证成立后主债务变为自

然债务的,

如在主债务因时效完成而变为自然债务时,保证虽不因之而失效,但保证人得主张



主债务人的时效完成的抗辩,

即使债务人抛弃该抗辩权,

保证人也有权主张;

〔

1

2

〕

其二,

对时效已

经完成的自然债务进行保证,

其保证仍为有效,

于此场合不得主张主债务的时效已经完成的抗

辩(法释[2

0

0

0]4

4号第 3

5条)。但学说认为,

保证人不知时效完成的事实且无重大过失的,应

有权抗辩。

被担保的债权,

也可以是将来可能发生的债权。《担保法》第 1

4条规定:“保证人与债权

人……也可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合

同订立一个保证合同。

”这就是所谓的“最高额保证”。

保证担保的数额,

保证合同有约定时依其约定,

无约定时,

《担保法》第 2

1条的规定有适用

的余地,

还结合个案案情予以确定。

2.

债务人履行债务的期限

债务人履行债务的期限是衡量债务人是否违约的标准之一,也是决定保证人是否实际承

担保证责任的因素之一,

因而应该明确规定。它有两种情形:

一为期日;

二为期间。

3.

保证的方式

保证的方式包括一般保证方式和连带责任保证方式。不同的保证方式对当事人的利益有

较大影响,

应予明确规定。未约定时按连带责任保证论(《担保法》第 1

9条)。

4.

保证担保的范围

保证担保的范围依当事人在保证合同中的约定确定,

无约定时按《担保法》第 2

1条规定处

理,

即包括主债权及利息、

违约金、

损害赔偿金和实现债权的费用。

5.

保证期间

保证期间为保证责任的存续期间,

事关保证人和债权人之间的债权债务能否行使或履行,

也是确定保证债务和诉讼时效关系的依据,

因此保证合同应予明确约定。无此约定的,

应区分

情况,

分别按照《担保法》第 2

6条第 1款、第 2

5条第 1款,以及法释[2

0

0

0]4

4号第 3

2条第 2

款、

第 3

7条的规定确定。

必须指出的是,

当事人双方关于保证期间的约定未必一律有效。在连带责任保证的情况

下,

约定的保证期间若短于债务履行期限,则这意味着保证人实际上不可能承担保证责任,故

此类约定不发生法律效力。在一般保证的情况下,约定的保证期间若在强制执行主债务人的

财产无效果的情形出现之前便已经届满,

则这同样意味着保证人实际上不会承担保证责任,故

此类约定也不发生法律效力。从立法论的层面来讲,一般保证期间的起算点应当是强制执行

主债务人的财产无效果之时。其理由将在“保证债务与诉讼时效”部分予以阐明。

6.

双方认为需要约定的其他事项

双方认为需要约定的其他事项,

主要指赔偿损失的范围及计算方法、

是否设立反担保等。

在一个具体的保证合同中,不完全具备上述条款的,尚可补正。其补正依《合同法》第 6

1

条和第 6

2条的规定,

如仍不能补正的,

法官可依职权填补漏洞。

关于保证合同的表现形式,《担保法》第 1

3条要求保证合同采取书面形式。至于具体方

式,

可以有所变通。法释[2

0

0

0]4

4号第 2

2条规定:

“第三人单方以书面形式向债权人出具担保

书,

债权人接受且未提出异议的,

保证合同成立。主合同中虽然没有保证条款,

但是,

保证人在

〔

1

2

〕郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年版,

第 8

2

6页。

1

主合同上以保证人的身份签字或者盖章的,保证合同成立。

”这表明法律关于保证合同形式的

规定不是强制性规定。

(四)保证合同的不成立、

无效及所生责任

按照中国现行法的规定,

保证合同无效或保证人不承担保证责任的情形如下:(1)法人的

分支机构、

职能部门未经法人书面授权或超出授权范围与债权人订立保证合同的,保证合同无

效(《担保法》第 2

9条前段,

法释[2

0

0

0]4

4号第 1

7条、

第 1

8条),

但法人的分支机构、

职能部门

签订保证合同构成表见代理的,

依据《合同法》第 4

9条的规定,该法人不得主张该保证合同无

效。(2)主合同当事人双方恶意串通,

骗取保证人提供保证的,保证人不承担民事责任(《担保

法》第 3

0条第 1项)。(3)主合同债权人采取欺诈、

胁迫等手段,

使保证人在违背真实意思情况

下提供保证的,

保证人不承担民事责任(《担保法》第 3

0条第 2项)。(4)主合同债务人采取欺

诈、

胁迫等手段,

使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的,

债权人知道或应当知道欺诈、

胁迫事实的,

保证人不承担民事责任(《担保法》第 3

0条,法释[2

0

0

0]4

4号第 4

0条)。在保证

人受欺诈、

胁迫而签订保证合同场合,该规定为特别规定,应当优先适用,主合同的债权人、债

务人无权援用《合同法》第 5

4条第 2款的规定予以抗辩。(5)国家机关未经国务院批准而与债

权人订立保证合同的,

保证合同无效(《担保法》第 8条)。(6)学校、幼儿园、医院等以公益为

目的的事业单位与债权人订立保证合同的,

保证合同无效(《担保法》第 9条)。(7)《公司法》

(2

0

1

3年)第 1

6条、

第 1

4

8条第 3项规定,

董事、

高级管理人员不得违反公司章程,

未经股东会、

股东大会或董事会的同意,

以公司财产为公司股东、

实际控制人或其他人的债务提供担保。如

果违反了,

按照法释[2

0

0

0]4

4号第 4条前段的精神,

担保合同应当无效。

法释[2

0

0

0]4

4号还专就对外担保合同规定了如下的无效原因:(1)未经国家有关主管部

门批准或登记对外担保的;

(2)未经国家有关主管部门批准或登记,为境外机构向境内债权人

提供担保的;

(3)为外商投资企业注册资本、外商投资企业中的外方投资部分的对外债务提供

担保的;

(4)无权经营外汇担保业务的金融机构、无外汇收入的非金融性质的企业法人提供外

汇担保的;

(5)主合同变更或债权人将对外担保合同项下的权利转让,未经担保人同意和国家

有关主管部门批准的,

担保人不再承担担保责任。但法律、

法规另有规定的除外(第 6条)。

本来,

现行法关于对外担保无效的规定,

均源自部门规章,

按照《合同法》第 5

2条第 5项及

法释[1

9

9

9]1

9号第 4条的规定,

认定合同无效所依据的法律限定在法律、行政法规,部门规章

和地方规章不得作为认定合同无效的依据。但这有时不符合实际的需要。

〔

1

3

〕

还应指出的是,

法释[2

0

0

0]4

4号规定了保证合同可以撤销的原因。债务人和保证人共同

欺骗债权人,

订立主合同和保证合同的,

债权人可以请求人民法院予以撤销。因此给债权人造

成损失的,

由保证人和债务人承担连带赔偿责任(第 4

1条)。

在主合同不成立、

无效或被撤销时,

保证合同也丧失法律效力。现行法规定保证人就其过

错承担相应的民事责任,即缔约过错责任,其责任方式为赔偿损失 (《担保法》第 5条、法释

[2

0

0

0]4

4号第 4条后段、

第 7条、

第 8条)。

其赔偿范围是对债权人相信保证合同有效但实际上却无效所受损失的赔偿,即对信赖利

益的赔偿。在主合同有效、

保证合同无效的情况下,该信赖利益的赔偿表现为:(1)缔约费用,

〔

1

3

〕 较为详细的分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(上卷)(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 3

3

5页以下。

6

4

1 合同法(第六版)

包括邮电费用、

赴订约地所支出的合理费用;(2)准备接受保证人承担保证责任所支出的合理

费用;

(3)债权人支出上述费用所失去的利息;

(4)丧失签订有效的保证合同的机会所遭受的损

失。

前三项为直接损失,

在所立保证为一般保证或连带责任保证中没有区别;

后一项为间接损

失,

在所立保证为一般保证的场合,只要未出现对债务人的财产依法强制执行无效果的事实, 债权人就能够从债务人处实现债权,

实际上无须保证人承担保证责任,因此保证合同有效抑或

无效都没有关系,

也就是说,

债权人不存在该项间接损失,

保证人不负赔偿间接损失之责;

在对

债务人的财产依法强制执行无效果的情况下,

实际上需要保证人承担保证责任,保证合同的有

效抑或无效直接影响到(债权人)债权实现的程度,债权人因保证合同无效而遭受的该项间接

损失,

保证人应负责赔偿,

具体数额依个案而定,难以用一抽象术语概括。在所立保证为连带

责任保证场合,

债务人迟延履行、

不完全履行、拒绝履行、不能履行均可产生违约责任,保证人

在任何一种情况下均负相应的责任,

其责任范围应当包括债权人遭受的间接损失,只不过具体

数额需要依个案而定。

在主合同和保证合同均为无效的情况下,

保证人所负的对信赖利益的赔偿责任,

同样包括

债权人的直接损失和间接损失。其直接损失包括缔约费用和相应的利息,一般不包括准备接

受保证人承担保证责任所支出的费用。因为债权人在明知主合同无效乃至明知保证合同无效

时,

不应作接受保证责任的准备。这里的间接损失的数额因主合同无效而相对降低, 比在主合

同有效但保证合同无效的情况下的间接损失额较低。

为使保证合同无效、

被撤销时缔约过错责任的承担更具有可操作性,

法释[2

0

0

0]4

4号区分

情况而作了如下规定:

(1)在董事、

高级管理人员违反《公司法》(2

0

1

3年)第 6

0条的规定,

违反

公司章程,

未经股东会、

股东大会或董事会的同意,

以公司财产为公司股东、

实际控制人或其他

人的债务提供担保,

担保合同因此而无效的情况下,

除债权人知道或应当知道的外,

债务人、

担

保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任(第 4条)。(2)主合同有效而担保合同无效, 债权

人无过错的,

担保人与债务人对主合同债权人的经济损失,

承担连带赔偿责任;

债权人、

担保人

有过错的,

担保 人 承 担 民 事 责 任 的 部 分,不 应 超 过 债 务 人 不 能 清 偿 部 分 的 1/

2(第 7条)。

(3)主合同无效而导致担保合同无效,

担保人无过错的,

担保人不承担民事责任;

担保人有过错

的,

担保人承担民事责任的部分,

不应超过债务人不能清偿部分的 1/

3(第 8条)。

三、

保证方式

(一)一般保证与连带责任保证

保证方式在现行法上被分为一般保证和连带责任保证。所谓一般保证,是指当事人在保

证合同中约定,

在债务人不能履行债务时,

保证人承担保证责任的保证(《担保法》第 1

7条第 1

款)。

〔

1

4

〕 所谓连带责任保证,是指当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带

责任的保证(《担保法》第 1

8条第 1款)。这两种保证之间最大的区别在于保证人是否享有先

〔

1

4

〕 需要注意的是,

这里的“不能履行”,

应当严格按照传统民法及其理论关于不能履行的界定予以解释,既不包括金钱

债务场合债务人暂无资金而无法付清届期钱款的情形,

也不包括种类物之债场合仅仅是债务人届期没有标的物交

付给债权人的情形。



诉抗辩权。在一般保证的情况下,保证人享有先诉抗辩权,即“一般保证的保证人在主合同纠

纷未经审判或者仲裁,

并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承

担保证责任”(《担保法》第 1

7条第 2款)。而在连带责任保证的情况下,保证人不享有先诉抗

辩权,

即“连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的,债权人可

以要求债务人履行债务,

也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任”(《担保法》第 1

8条

第 2款)。

保证人承担何种方式的保证责任因此就显得十分重要,

需认真对待,

最好是在保证合同中

明确约定。“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责

任”(《担保法》第 1

9条)。

(二)单独保证与共同保证

保证方式,

从保证人的数量的角度来看,

尚有单独保证和共同保证之分。单独保证是指只

有一个保证人担保同一债权的保证。除非另有指明,

我们通常所说的保证就是指的单独保证。

共同保证是指数个保证人担保同一债权的保证。具体而言,

一是保证人必须 2人以上,至

于是自然人还是法人抑或是法律认可的其他组织,则在所不问;二是数个保证人担保同一债

务,

如果数个保证人分别保证各自的债务,彼此之间无关联,那么,仍为单独保证,而非共同保

证。

数个保证人和债权人签订一个保证合同固然可以成立共同保证,而签订数个保证合同共

同担保同一债权也可以成立共同保证,

并且这些合同是同时成立还是先后成立,彼此间有无意

思联络,

均在所不问。

〔

1

5

〕

关于共同保证的效力,

《担保法》第 1

2条规定:“同一债务有两个以上保证人的,保证人应

当按照保证合同约定的保证份额,承担保证责任。没有约定保证份额的,保证人承担连带责

任,

债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任,保证人都负有担保全部债权实现的义

务。已经承担保证责任的保证人,

有权向债务人追偿,

或者要求承担连带责任的其他保证人清

偿其应当承担的份额。

”学说认为,

这种连带系保证人之间的连带,

而非保证人与主债务人之间

的连带,

故谓之“保证连带”,

以与“连带责任保证”有所区别。这种保证人既然不与主债务人负

连带责任,

那么其保证债务除具有从属性外,

还具有补充性,

因此,

各保证人对于债权人均有先

诉抗辩权。这种观点在以一般保证为典型方式的立法上有理有据,但在中国现行法上未必完

全如此。因为《担保法》把一般保证和连带责任保证均视为常态, 甚至规定“当事人对保证方式

没有约定或者约定不明确的,

按照连带责任保证承担保证责任”(《担保法》第 1

9条)。该法第

1

2条关于共同保证的规定并未排除连带责任保证的适用。法释[2

0

0

0]4

4号规定,在两个以上

保证人对同一债务同时或分别提供保证时,

各保证人与债权人没有约定保证份额的,应当认定

为连带共同保证(第 1

9条第 1款)。在连带责任保证的场合,若有数个保证人担保同一债权, 那么其保证债务就无补充性,

各保证人对于债权人亦无先诉抗辩权,债权人既可以向债务人主

张,

也可以请求任何一个保证人承担全部保证责任(第 2

0条第 1款),即债务人和各个共同保

证人之间存在着连带责任。连带共同保证的保证人以其相互之间约定各自承担的份额对抗债

权人的,

人民法院不予支持(第 1

9条第 2款)。

〔

1

5

〕 郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年版,

第 8

9

0~8

9

1页。

8

4

1 合同法(第六版)

不论是在一般保证还是在连带责任保证中,

既然数个保证人之间负连带责任,

那么就应适

用连带债务的规范,

即使其给付可分,

也不得对债权人主张分割利益。

〔

1

6

〕这类保证人对主债务

人来说,

因无分担部分可言,所以一个保证人在承担全部保证债务后,可以向主债务人追偿。

但各保证人之间仍有分担部分问题,

于是,

已经承担保证债务的保证人有权请求免负保证责任

的保证人实际承担其应当负担的份额。

〔

1

7

〕

应该指出的是,

《担保法》允许数个保证人约定各自应负的保证份额,

并据此执行(第 1

2条

前段)。

(三)其他分类

保证方式依保证是否定有期限为标准,可划分为定期保证和无期保证。依是否是在诉讼

程序中设立为标准,

保证可分为诉讼程序中的保证和诉讼程序外的保证。依当事人是否约定

保证担保的范围为标准,

保证方式可以划分为有限保证和无限保证。依保证是否具有继续债

权关系的特征为标准,

保证方式还可以划分为继续的保证和一时的保证。保证方式还有将来

债务的保证和既存债务的保证之分。

〔

1

8

〕

四、

保证担保的范围

保证担保的范围,

亦即保证债务的范围,或称保证责任的范围。《担保法》第 2

1条第 1款

对此规定:

“保证担保的范围包括主债权及利息、

违约金、

损害赔偿金和实现债权的费用。保证

合同另有约定的,

按照约定。

”当事人约定的保证担保的范围,如可以单就本金债权为保证,不

保证利息;

也可以仅就债权的一部分设定保证;还可以只保证缔结保证合同时已存的债权,而

不及于后成立的部分。应注意的是,

基于保证的附从性要求,

约定的保证担保的范围不得超出

主债务的数额,

否则,

超出部分无效。

在当事人未约定保证担保的范围时,基于《担保法》第 2

1条的规定,保证人应对主债的全

部债务承担保证责任。所谓全部债务,包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的

费用。

五、

债权人与保证人之间的关系

(一)债权人的权利

1.

债权人请求保证人承担保证责任的前提和条件

债权人对保证人享有请求其承担保证责任(履行保证债务)的权利。该权利的行使以主债

务人不履行其债务为前提,

以保证责任已届承担期为必要。在一般保证中,

在保证责任已届承

担期时,

虽然债权人有权行使上述请求权,

但在主债务人已经适当给付或承担应负责任的情况

下,

或在对主债务人的财产依法强制执行有效果的情况下,保证人有权主张先诉抗辩权,拒绝

承担保证责任。如果保证人不行使抗辩权,

那么,

债权人可以对主债务人和保证人有效地行使

两个请求权,

并可以同时或先后请求其为全部履行或部分履行。当然,

在任何一方为部分或全

〔

1

6

〕郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年版,

第 8

9

0~8

9

1页。

〔

1

7

〕 郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年版,

第 8

9

0~8

9

1页。

〔

1

8

〕关于这些分类的具体分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 3

2

7页以下。



部清偿时,

其债务(责任)也因此缩减或消灭。在连带责任保证中,保证责任已届承担期,债权

人请求保证人实际承担保证责任的,

保证人无先诉抗辩权,但有主债务已适当履行或相应责任

已经承担的抗辩权。

2.

债权人请求保证人承担保证责任的期间

债权人请求保证人承担保证责任的期间,(1)有约定时依约定,但约定的期

间不得早于或

等于主债务的履行期限。(2)当事人无约定,或者约定的期间早于或等于主债务的履行期限

的,

债权人请求保证人承担保证责任的期间,应自主债务履行期届满之日始,至 6个月届满时

止(《担保法》第 2

5条第 1款、

第 2

6条第 1款);

保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务

本息还清时为止等类似内容的,

债权人请求保证人承担保证责任的期间自主债务履行期届满

之日起 2年(法释[2

0

0

0]4

4号第 3

2条第 2款)。(3)但在保证人有权行使先诉抗辩权的情况

下,

保证人不负迟延责任。于此期间,债权人不得以保证责任与他对保证人的债务加以抵销。

(4)债权人申报债权后在破产程序中未受清偿的部分,

保证人仍应承担保证责任。债权人要求

保证人承担保证责任的,应当在破产程序终结后 6个月内提出(法释[2

0

0

0]4

4号第 4

4条第 2

款)。

(二)保证人的保证责任

1.

保证责任与保证债务的关系

保证责任,并非保证人违反民事义务的后果,而是直接基于保证合同而产生的第一性义

务,

按照法学界关于责任为违反第一性义务所产生的第二性义务的通说,它不是民事责任,而

是真正的民事义务,

称为保证债务。但是按照大陆法系关于民事责任为债的一般担保的通说,保证责任的确为债的一般担保,

加上民法学界已经习惯把保证债务叫做保证责任,所以,本书

仍把保证责任和保证债务作为同义语来使用。

2.

代偿能力与保证责任的承担

具有代偿能力的保证人承担保证责任,这无疑义。问题在于,不具有完全代偿能力的法

人、

其他组织或自然人,

以保证人的身份订立保证合同,与《担保法》关于保证人应具有代偿能

力的要求(第 7条)不一致时,

应如何处理?法释[2

0

0

0]4

4号规定,他们以自己没有代偿能力

为由要求免除保证责任的,人民法院不予支持(第 1

4条)。该司法解释还具体规定,企业法人

的分支机构经法人书面授权提供保证的,如果法人的书面授权范围不明,那么,法人的分支机

构应当对保证合同约定的全部债务承担保证责任(法释[2

0

0

0]4

4号第 1

7条第 2款)。企业法

人的分支机构经营管理的财产不足以承担保证责任的,

由企业法人承担民事责任(法释[2

0

0

0]

4

4号第 1

7条第 3款)。

结合程序法考虑这个问题,

应适用法释[2

0

0

0]4

4号第 1

2

4条关于“企业法人的分支机构为

他人提供保证的,

人民法院在审理保证纠纷案件中可以将该企业法人作为共同被告参加诉讼。

但是商业银行、

保险公司的分支机构提供保证的除外”的规定,

以求快捷、

经济。

3.

在最高额保证合同场合保证责任的承担

在最高额保证合同的不特定债权确定后,保证人应当对在最高债权额度内一定期间连续

发生的债权余额承担保证责任(法释[2

0

0

0]4

4号第 2

3条)。

4.

主合同解除与保证责任的承担

在主合同解除后，

保证人对债务人应当承担的民事责任仍应承担保证责任，

除非保证合同

0

5

1　合同法(第六版)

另有约定(法释[2

0

0

0]4

4号第 1

0条)。

5.

特殊的保证责任

保证责任的典型形式是在主债务人不履行债务时，保证人代为履行或承担赔偿责任。如

果借款人未专款专用致使不能及时或全部还本付息，即构成违约，那么，于此场合保证人向债

权人承担的是典型的保证责任。如果借款人未专款专用并未造成不能及时或全部还本付息的

后果，

那么，

于此场合保证人向债权人承担的责任是一种特殊的保证责任。例如，法释[2

0

0

0]

4

4号第 2

6条规定,

第三人向债权人保证监督支付专款专用的,在履行了监督支付专款专用的

义务后,

不再承担责任。未尽监督义务造成资金流失的,应当对流失的资金承担补充赔偿责

任。再如,

法释[2

0

0

0]4

4号第 2

7条规定,

保证人对债务人的注册资金提供保证的,

债务人的实

际投资与注册资金不符,

或抽逃、

转移注册资金的,

保证人在债务人注册资金不足或抽逃、

转移

注册资金的范围内承担连带保证责任。

至于实务中出现的“保证协助借款人筹集资金以偿还贷款”、

“保证债务人将所借资金投入

生产过程中所产出的产品合格”等所谓的“保证”,

实质上是安慰函,

不发生《担保法》中所规定

的保证的效力。

(三)保证人的权利

保证合同是单务、

无偿的合同,

保证人对债权人不享有请求给付的权利,所享有的只是抗

辩权或其他防御性的权利。

1.

主张债务人权利的权利

保证具有附从性,

因而主债务人对于债权人所有的抗辩或其他类似的权利,

保证人均可主

张。

(1)主债务人的抗辩权。《担保法》第 2

0条第 1款前段规定:

“一般保证和连带责任保证的

保证人享有债务人的抗辩权。

”该抗辩权主要有三类:其一,权利未发生的抗辩权。例如,主合

同未成立,

保证人对此不知情,

于此场合,

保证人可对债权人主张主债权未成立的抗辩。其二,

权利已消灭的抗辩权。例如,

主债权因适当履行而消灭。保证人可对债权人主张权利已消灭,

拒绝债权人的履行请求。其三,

拒绝履行的抗辩权。例如,时效完成的抗辩权、同时履行抗辩

权、

不安抗辩权、

先履行抗辩权等。即使债务人放弃上述抗辩权,

保证人也有权主张,

因为保证

人主张主债务人的抗辩权并非代为主张,

而是基于保证人的地位而独立行使。

(2)主债务人的其他类似权利。这里的其他类似权利有撤销权和抵销权。在撤销权方面, 例如,

在主债务人对其主合同有撤销权时,保证人对债权人可以拒绝履行,也就是保证人可以

把主债务人的撤销权作为自己的抗辩事由。

2.

基于保证人的地位而特有的抗辩权

基于保证人的地位而特有的抗辩权,在实体法上,就是先诉抗辩权,一般保证的保证人享

有此权。

先诉抗辩权,

又称检索抗辩权,

是指保证人在债权人未就主债务人的财产依法强制执行而

无效果时,

对于债权人可拒绝清偿的权利。《担保法》未使用这个表述,而是采

用“就债务人财

产依法强制执行仍不能履行债务前,

对债权人可以拒绝承担保证责任”(第 1

7条第 2款)的表

述方法。法释[2

0

0

0]4

4号第 1

3

1条明确:“本解释所称‘不能清偿’指对债务人的存款、现金、

有价证券、

成品、

半成品、

原材料、

交通工具等可以执行的动产和其他方便执行的财产执行完毕



后,

债务仍未能得到清偿的状态。

”

先诉抗辩权既可通过诉讼方式行使,

也可以在诉讼外行使。但按照《担保法》第 1

7条第 3

款的规定,

在下列三种情况下不得行使:

其一,

债务人住所变更,

致使债权人要求其履行债务发

生重大困难,

包括债务人下落不明、

移居境外,

且无财产可供执行(法释[2

0

0

0]4

4号第 2

5条)。

基于其地位而特有的抗辩权,

结合程序法,

保证人可以基于法释[2

0

0

0]4

4号第 1

3

0条关于

“在主合同纠纷案件中,

对担保合同未经审判,人民法院不应当依据对主合同当事人所作出的

判决或者裁定,

直接执行担保人的财产”的规定,

对抗债权人要求其承担保证责任的主张。

3.

基于一般债务人的地位应有的权利

在保证关系中,

保证人是债务人,

因而一般债务人应有的权利,

保证人也应享有。例如,在

保证债务已经单独消灭时,

保证人有权主张;

在保证债务未届清偿期场合,

保证人有权抗辩;

在

保证合同不成立、

无效或被撤销致使保证债务不存在时,保证人有权拒绝履行保证债务;在保

证债务罹于诉讼时效时,

保证人亦可拒绝承担责任。

六、

保证人与主债务人之间的关系

保证本为保证人和债权人之间的关系,

其效力原本不及于保证人和主债务人之间,

但保证人

和主债务人之间毕竟存在着追偿权、

代位权和保证责任除去请求权等内容,

故有必要予以讨论。

(一)保证人的追偿权

1.

保证人的追偿权的概念

保证人的追偿权,

又称保证人的求偿权,是指保证人在承担保证责任后,可以向主债务人

请求偿还的权利。保证人承担保证责任,

对债权人与保证人之间的关系来说,

形式上属于清偿

自己的债务,

但对主债务人和保证人之间的关系而言,

实质上仍然属于清偿他人(主债务人)的债

务。于是,

自然有“保证人承担保证责任后,

有权向债务人追偿”(《担保法》第 3

1条)的必要。

2.

保证人的追偿权的要件

保证人的追偿权的要件如下:

(1)保证人已经对债权人承担了保证责任。此处所谓对债权

人承担了保证责任,

包括保证人代债务人向债权人为主债关系中的给付义务的清偿,或向债权人承担损害赔偿责任,

保证人向债权人为代物清偿或以物抵债,或抵销,或提存。

〔

1

9

〕保证人的

追偿,

必须在自己有所给付,

致使有偿地消灭主债务人对于债权人的责任的情况下才可行使。

假如自己毫无给付,

仅因其尽力致使主债务消灭,如说服债权人,使债权人免除主债务人的债务,

则不得向主债务人追偿。

〔

2

0

〕(2)使主债务人对债权人因保证而免责。如果主债务人的免

责不是由保证人承担保证责任的行为所引起的,

那么保证人就没有追偿权。再者,

在保证人的

给付额高于主债务人的免责额时,

如以价值超过主债务数额之物抵债或代物清偿,保证人只能

就免责额追偿;

在保证人的给付额低于主债务人的免责额时,保证人只能就给付额追偿。

〔

2

1

〕

(3)保证人没有赠与的意思。这是保证人的追偿权的消极要件, 保证人在行使追偿权时不必就

此举证。

〔

1

9

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(下),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 3

6

5页。

〔

2

0

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(下),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 3

6

5页。

〔

2

1

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(下),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 3

6

5~3

6

6页。

2

5

3.

保证人的追偿权的效力

(1)在保证人受主债务人的委托而为保证场合的效力

如果保证人系基于主债务人的委托而产生的,那么保证人和主债务人之间的关系属于委

托合同关系,

应适用委托合同规范进行处理。具体而言,保证人为受托人,他承担保证责任而

使主债务人(委托人)免去对债权人的责任,

属于处理委托事务。于是,

保证人承担保证责任所

支付的原本、

利息和必要费用均可向主债务人追偿;保证人承担保证责任因不可归责于自己的

事由遭受损害的,

可向主债务人请求损害赔偿。不过,保证人不得基于委托合同关系,请求主

债务人预付承担保证责任所需必要费用,

因为这与保证的目的不合。

〔

2

2

〕

保证人接受委托而为保证,

基于受托人的地位,承担保证责任应当顾及主债务人的利益,

故于其知悉主债务人有权利不发生、

权利已经消灭或拒绝给付等各种抗辩或抗辩权时,自应对

债权人行使;

若不行使,

而对债权人承担保证责任的,

该项付出不构成委托合同中的必要费用,

不得向主债务人追偿。至于保证人不知主债务人享有这些抗辩或抗辩权,而向债权人承担保

证责任的,

仍可认为该项付出系因处理委托事务而支出的必要费用,保证人有权向债务人追

偿。不过,

保证人如因过失而不知主债务人享有上述抗辩或抗辩权的,

以致向债权人承担保证

责任的,

则应对主债务人因此遭受的损失承担赔偿责任。再者,

保证人在向债权人承担保证责

任后,

怠于通知主债务人,

致主债务人因不知其情事而再向债权人为清偿的,应当解释为保证

人丧失对主债务人的追偿权。

〔

2

3

〕

(2)保证人未受主债务人委托而为保证

如果保证人和主债务人之间为无因管理关系,

保证人承担保证责任符合法律规定、

社会常

理及主债务人的正确意见,

那么,

保证人就此支付的原本、利息和必要费用可请求主债务人偿

还,

如有损害尚可请求赔偿。假如保证人承担保证责任违反法律规定、社会常理、主债务人的

正确意见,

那么,

保证人就此支付的原本、

利息和必要费用虽可向主债务人追偿,

但也只能在主

债务人获得利益的限度内主张。法释[2

0

0

0]4

4号规定,

保证人于其自行履行保证责任时,

其实

际清偿额大于主债权范围的,

保证人只能在主债权范围内对债务人行使追偿权(第 4

3条)。

(3)共同保证人的追偿权

关于共同保证人的追偿权问题,

应分情况予以处理:其一,如果保证人之间按份对主债务

承担保证责任,

则各个保证人按份向债权人履行保证债务。按份共同保证的保证人在按照保

证合同约定的保证份额承担保证责任后,

在其履行保证责任的范围内对债务人行使追偿权(法

释[2

0

0

0]4

4号第 2

1条)。如果保证人履行的债务大于其保证债务的,其超出部分无权向主债

务人主张追偿。其二,

如果各共同保证人对债务负连带保证责任,

则每一个保证人都有义务向

债权人履行全部保证债务。各保证人在履行保证债务后,有权就该债务向主债务人追偿。不

能向主债务人追偿的部分,

由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的,

平均分担

(法释[2

0

0

0]4

4号第 2

0条第 2款)。其三,

在人民法院受理债务人破产案件后,

债权人未申报

债权的,

各连带共同保证的保证人应当作为一个主体申报债权,预先行使追偿权(法释[2

0

0

0]

〔

2

2

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(下),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 3

6

6~3

6

7页。

〔

2

3

〕 史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年版,

第 8

7

1~8

7

2页;刘春堂:《民法债编各论》(下),三民书

局 2

0

0

8年版,

第 3

6

7页。

1

4

4号第 4

6条)。

(4)预先行使追偿权

《担保法》第 3

2条规定:

“人民法院受理债务人破产案件后,债权人未申报债权的,保证人

可以参加破产财产分配,

预先行使追偿权。

”这包括两种情况:

其一,

在主债务人破产时,

已经履

行保证债务的保证人可以其追偿权为破产债权,参加破产程序。保证人履行了自己承担的保

证债务的,

即从债权人处取得代位权和向主债务人的追偿权。如果主债务人破产,那么保证人

可以破产财产的债权人的身份参加破产程序,

并以其对主债务人的追偿权为破产债权,从破产

财产中获得清偿。其二,

在主债务人破产时,保证人并未实际履行保证债务的,亦可以将来的

追偿权作为破产债权,

参加破产程序。保证人虽然尚未实际履行保证债务,

但主债务人既已破

产,

自然不能履行其主债务,

于此场合,

债权人要求保证人履行保证债务几乎是必然的。因此,

应当允许保证人以将来的追偿权为破产债权,

参加破产程序(对此,

应当结合法释[2

0

0

0]4

4号

第 4

4条第 2款的规定理解)。

〔

2

4

〕

(5)保证人向物上保证人的追偿

在既有人的担保又有物的担保的情况下,

保证人在承担了保证责任之后,

在物上保证人为

主债务人的情况下,

可以向物上保证人(主债务人)追偿;在物上保证人为第三人的情况下,只

要各担保人之间已经约定了各自的担保份额,

保证人就不宜援用法释[2

0

0

0]4

4号第 3

8条第 1

款后段的规定,

要求物上保证人向自己清偿其应当分担的份额。

〔

2

5

〕

必须指出的是,

法释[2

0

0

0]4

4号第 3

8条第 1款后段的规定不合法理,也有失权衡。其原

因在于,

其一,

所谓“当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明

的”,

是个伪问题。因为即使未约定或约定不明,

担保范围也可以依据《担保法》第 2

1条、第 4

6

条或第 6

7条以及《物权法》第 1

7

3条的规定,

加以确定,

范围就是明确的。在这样的情况下,

还

允许承担担保责任者请求其他担保人分担相应的份额,同样是人为地将法律关系复杂化,增加

了成本。其二,

这降低了共同保证、

共同抵押等制度的存在价值,显得法律规定它们是在浪费

笔墨。其三,

这使担保人面临着随时被人追讨甚至陷入诉讼的境况。

(6)保证人追偿权与诉讼时效

保证人的追偿权是一项新成立的权利,

应适用《民法通则》第 1

3

5条规定的 2年时效,

并从

保证人承担保证责任之日起开始计算(法释[2

0

0

0]4

4号第 4

2条第 2款)。

(7)追偿权行使的方式

在主债务人不主动偿还债务的情况下,

保证人既可以采取一般途径请求债务人偿还,

也可

以依靠司法途径主张。人民法院判决保证人承担保证责任或赔偿责任的,应当在判决书主文

中明确保证人享有追偿权。判决书未明确追偿权的,

保证人只能按照承担责任的事实,

另行提

起诉讼(法释[2

0

0

0]4

4号第 4

2条第 1款)。

(二)保证人的代位权

1.

保证人的代位权的概念

保证人的代位权,

是指保证人在向债权人承担保证责任后,

可以取代债权人对于主债务人

〔

2

4

〕进一步的分析,

参见刘成祥:

“保证制度的若干理论与实务”,

吉林大学 1

9

8

6年硕士学位论文,

第 6

4~6

5页。

〔

2

5

〕具体理由,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 3

4

5页。

4

5

1　合同法(第六版)

的地位,

行使其债权的权利。

保证人的代位权系取得债权人对于主债务人的权利,是代位债权人行使债权人对于主债

务人的权利,

在结果上保证人可请求债权人将其对主债务人的对待给付交付于自己;

〔

2

6

〕

而债权

人代位权系债权人以自己的名义代位行使债务人对于第三人的权利,且通说认为行使的结果

依据“入库规则”处理,

两者不同。

2.

保证人的代位权的构成要件

保证人的代位权的构成要件如下:

(

1

)保证人已经向债权人承担保证责任。此处所谓向债权

人承担保证责任,

即指保证人代债务人向债权人为主债关系中的给付义务的清偿,

或向债权人承

担损害赔偿责任,

就是保证人向债权人为代物清偿或以物抵债,

或抵销,

或提存,

只要能够消灭主

债关系,

均属向债权人承担保证责任。

〔

2

7

〕(2)保证人对主债务人有追偿权。保证人的代位权系

为确保其追偿权而设,

所以保证人只有对主债务人享有追偿权,

才有代位权。这也决定了保证人

代位权的范围,

不得超过保证人追偿权的范围,

亦即不得超过保证人承担保证责任的限度。

〔

2

8

〕

3.

保证人的代位权的效力

保证人取得债权人对于主债务人的债权,

或者说,

债权人对于主债务人的债权在保证人承

担保证责任的限度内移转给保证人。此种取得、

移转,

属于法定取得、

移转,

保证人一经承担保

证责任,

便当然地取得债权人对于主债务人的债权,或者说债权人对于主债务人的债权当然地

移转给保证人,

无须当事人的意思表示。

〔

2

9

〕

因为这种依法律规定而当然发生的债权移转,其效果与按照法律行为成立的债权让与无

异,

所以,

不但原本债权,

而且该债权的担保,如抵押权、质权、留置权或保证等,以及该债权的

其他从属权利及瑕疵,

如利息、

违约金、主债务人对债权人的抗辩等,也一同移转给保证人,保

证人代位取得的债权,

与原债权相同。

〔

3

0

〕

保证人仅仅承担了部分保证责任的,

债权人对于主债务人的债权只能部分移转给保证人,

债权人仍保留未受清偿部分的债权。于此场合,保证人所取得的债权与债权人所保留的债权

并存。因为债权人的利益不应因保证人承担保证责任而受影响,所以,保证人代位权的行使, 不得有害于债权人的利益,

主债务有物上保证的,

债权人可优先行使该担保物权。

〔

3

1

〕

4.

追偿权与代位权的关系

保证人的追偿权系保证人对主债务人的权利,

为新成立的权利;

代位权系保证人取得债权人

对于主债务人的债权,

且为债权人原有的权利,

并非新成立的权利。这两种权利可以并存,

保证人

可以选择行使,

也可一并行使,

当其中任一权利因行使而达到目的时,

另一权利即归消灭。

〔

3

2

〕

〔

2

6

〕郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年版,

第 8

5

3~8

5

4页;

刘春堂:

《民法债编各论》(下),

三民书局 2

0

0

8

年版,

第 3

6

9页、

第 3

7

1页。

〔

2

7

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(下),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 3

6

9页。

〔

2

8

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(下),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 3

6

9页。

〔

2

9

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(下),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 3

6

9~3

7

0页。

〔

3

0

〕 中华民国最高法院 1

9

2

9年上字第 1

2

3

5号判例;

中华民国最高法院 1

9

2

9年上字第 1

5

6

1号判例;

郑玉波:

《民法债编

各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年版,

第 8

5

2页;

刘春堂:

《民法债编各论》(下),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 3

6

9~3

7

0页。

〔

3

1〕刘春堂:《民法债编各论》(下),三民书局2008年版,第370页。

〔32〕刘春堂:《民法债编各论》(下),三民书局2008年版,第371~372页。

七、

保证债务与诉讼时效

(一)保证期间与诉讼时效的区别

关于保证期间是否为诉讼时效期间,存在着不同的意见,本书持否定说,认为保证期间是

不同于诉讼时效、

除斥期间的期间,

具有自己的独立地位和价值。因它具有消灭债权本体的效

力,

故不妨称其为失权期间。

〔

3

3

〕

(二)一般保证债务与诉讼时效期间的起算、

中断、

中止

1.

一般保证债务的诉讼时效期间的起算

《担保法》第 2

5条第 2款规定,

在合同约定的保证期间和法定的保证期间,

“债权人未对债

务人提起诉讼或者申请仲裁的,

保证人免除保证责任;债权人已提起诉讼或者申请仲裁的,保

证期间适用诉讼时效中断的规定”。与此有别,

法释[2

0

0

0]4

4号第 3

4条第 1款规定:

“一般保

证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的,从判决或者仲裁裁决生效

之日起,

开始计算保证合同的诉讼时效”。

〔

3

4

〕

2.

一般保证债务的诉讼时效期间的中断

关于保证债务的诉讼时效期间中断的问题,

宜按照下述规则解决:

在一般保证的保证期间

内,

债权人请求债务人履行债务,倘若没有采取提起诉讼或申请仲裁的方式,那么,按照《担保

法》第 2

5条第 2款前段的规定,

保证人免负保证责任;

如果债权人采取了提起诉讼或申请仲裁

的方式,

那么,依据《担保法》第 2

5条第 2款后段的规定,保证期间适用诉讼时效中断的规定。

法释[2

0

0

0]4

4号第 3

4条关于保证债务的诉讼时效期间的计算,与第 3

6条第 1款前段保证债

务的诉讼时效期间随着主债务诉讼时效期间的中断而中断的规定, 出现了抵触,

需要协调。

3.

一般保证债务与诉讼时效期间的中止

关于一般保证债务与诉讼时效中止的问题,

法释[2

0

0

0]4

4号第 3

6条第 2款后段规定:

“主

债务诉讼时效中止的,

保证债务的诉讼时效同时中止。

”本书认为,

只有在保证债务的诉讼时效

期间已经开始起算的情况下,

依据主从关系原理,认定主债务诉讼时效期间中止的,保证债务

的诉讼时效期间才中止;

在保证债务的诉讼时效期间尚未起算的情况下,主债务的诉讼时效期

间中止,

并不引起保证债务的诉讼时效期间中止。所以,从立法论的立场出发,在制定民法典

时,

对此规定应予修改。

另外,

一般保证债务作为独立于主债务的债务,

其诉讼时效期间可以单独地因不可抗力或

其他障碍致使债权人不能行使其债权的事由的出现而中止。

(三)连带责任保证债务与诉讼时效期间的起算、

中断、

中止

1.

连带责任保证债务与诉讼时效期间的起算、

中断

法释[2

0

0

0]4

4号第 3

4条第 2款规定:

“连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保

证人承担保证责任的,

从债权人要求保证人承担保证责任之日起,开始计算保证合同的诉讼时

效。

”诉讼时效期间的起算点确定在“债权人要求保证人承担保证责任之日”。

〔

3

3

〕 具体理由,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 3

4

5页以下。

〔

3

4

〕关于这些规定的不合理性的分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,第 3

4

8页以

下。

6

5

1 合同法(第六版)

在连带责任保证中,

保证期间尚未届满之时,

债权人请求债务人履行债务的,

按照《民法通

则》第 1

4

0条前段的规定,

主债务的诉讼时效中断,

但依据《担保法》第 2

6条第 2款的规定的反

面推论,

保证债务的诉讼时效期间不受影响。只有债权人在此期间请求保证人承担保证责任, 保证人才有义务实际承担保证责任。债权人在保证期间内未请求保证人承担保证责任的,按

照《担保法》第 2

6条第 2款的规定,

保证人免负保证责任。

2.

连带责任保证债务与诉讼时效期间的中止

法释[2

0

0

0]4

4号第 3

6条第 2款规定:

“主债务诉讼时效中止的,

保证债务的诉讼时效同时

中止。

”本书认为,

只有在保证债务的诉讼时效期间已经开始起算的情况下,依据主从关系原

理,

认定主债务诉讼时效期间中止的,保证债务诉讼时效期间才中止;在保证债务的诉讼时效

期间尚未起算的情况下,主债务的诉讼时效期间中止,并不引起保证债务的诉讼时效期间中

止。所以,

从立法论的立场出发,

在制定民法典时,

对此规定应予修改。

八、

保证责任的免除

保证责任的免除,

又称保证债务的免除,

本指基于法律的规定或当事人的约定对已经存在

的保证责任予以除去的情形。这里为叙述方便,

将根本就未产生保证责任、

保证人不负责的情

况也放在保证责任的免除的标题下进行讨论。

1.

主合同当事人双方恶意串通,

骗取保证人提供保证的,必须保护保证人的利益,保证人

不承担保证责任(《担保法》第 3

0条第 1项)。

2.

主合同债权人采取欺诈、

胁迫等手段,使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的,

也应当保护保证人的利益。《担保法》第 3

0条第 2项规定保证人不承担保证责任。

3.

主合同债务人采取欺诈、

胁迫等手段,使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的,

在债权人知道或应当知道欺诈、

胁迫事实的情况下,

保证人不承担保证责任(法释[2

0

0

0]4

4号

第 4

0条)。其反面推论是,

债权人不知道也不应当知道欺诈、胁迫事实的,保证人仍然承担保

证责任。须注意,

债权人是否知道或者应当知道主债务人采取欺诈、胁迫等手段,使保证人在

违背真实意思的情况下订立保证合同的事实,

由保证人举证证明。

〔

3

5

〕

4.

保证合同约定,

在债权人转让其债权时,

保证责任免除的,

应依其约定。无此约定的,保

证人在原担保的范围内继续承担保证责任(《担保法》第 2

2条)。所谓约定债权人转让其债权

时保证责任免除,

包括保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或禁止债权

转让,

债权人转让其债权的,保证人不再承担保证责任(法释[2

0

0

0]4

4号第 2

8条后段)。还

有,

债权人将对外担保合同项下的权利转让,未经担保人同意和国家有关部门批准的,担保人

不再承担担保责任,

除非法律、

法规另有规定(法释[2

0

0

0]4

4号第 6条第 5项)。中国现行法

确实存在此类“另有规定”。例如,

法发[2

0

0

9]1

9号第 3条第 2款后段规定:

“国有银行向金融

资产管理公司转让不良债权,

或者金融资产管理公司收购、处置不良债权的,担保债权同时转

让,

无须征得担保人的同意,

担保人仍应在原担保范围内对受让人继续承担担保责任。担保合

同中关于合同变更需经担保人同意或者禁止转让主债权约定,对主债权和担保权利转让没有

〔

3

5

〕 曹士兵:

《中国担保诸问题的解决与展望—

—

—基于担保法及其司法解释》,中国法制出版社 2

0

0

1年版,第 1

6

6~1

6

7

页。

第八章　合同的担保

7

5

1

约束力。

”

5.

在保证期间,

债权人许可债务人转让债务,但未经保证人的书面同意的,极可能会损害

保证人的利益,

因此,

《担保法》第 2

3条规定,在这种情况下保证人不再承担保证责任。法释

[2

0

0

0]4

4号将其精确化为:

“保证期间,

债权人许可债务人转让部分债务未经保证人书面同意

的,

保证人对未经其同意转让部分的债务,不再承担保证责任。但是,保证人仍应当对未转让

部分的债务承担保证责任(第 2

9条)。

”

6.

债权人和债务人协议变更主合同,

但未经保证人同意的,

这极可能会损害保证人的合法

权益。针对此种情况,

《担保法》第 2

4条规定,

保证人不再承担保证责任,

除非当事人有相反的

约定。法释[2

0

0

0]4

4号则区分情况,

采取利益衡量的方法,作不同的处理:在对外担保的情况

下,

主合同变更未经担保人同意和国家有关部门批准的,

担保人不再承担担保责任,

除非法律、

法规另有规定(第 6条第 5项)。在保证期间,债权人与债务人对主合同的数量、价款、利率等

内容作了变动,

未经保证人同意的,如果减轻债务人的债务,那么保证人仍应当对变更后的合

同承担保证责任;

如果加重债务人的债务的,

那么保证人对加重的部分不承担责任(第 3

0条第

1款)。债权人与债务人对主合同履行期限作了变动,

未经保证人书面同意的,

保证期间为原合

同约定的或法律规定的期间(第 3

0条第 2款)。债权人与债务人协议变动主合同的内容,

但并

未实际履行的,

保证人仍应当承担保证责任(第 3

0条第 3款)。如果忽略下位阶规范不得抵触

上位阶规范这一原则,

那么,

法释[2

0

0

0]4

4号的规定更为合理。

由于《合同法》没有区分合同的变更和合同的更改,

现行法上所谓变更实际上包含着更改,

而在更改的场合,

合同债失去同一性,原主债上附着的保证应当归于消灭。故从法理上讲,合

同实质变更(更改)的,

保证应当消灭,不论其是否增加了保证人的负担,除非保证人愿意继续

承担保证责任。

7.

在一般保证的情况下,

债权人于保证期间内未对债务人提起诉讼或申请仲裁的,

保证人

免除保证责任(《担保法》第 2

5条第 2款前段)。在连带责任保证的情况下,

债权人于保证期间

内未要求保证人承担保证责任的,

保证人免除保证责任(《担保法》第 2

6条第 2款)。

8.

在同一债权既有保证又有物的担保的情况下,

保证责任如何承担,

何时免除?《物权法》

规定:

“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,债务人不履行到期债务或者发生当事人

约定的实现担保物权的情形,

债权人应当按照约定实现债权;没有约定或者约定不明确,债务

人自己提供物的担保的,

债权人应当先就该物的担保实现债权;第三人提供物的担保的,债权

人可以就物的担保实现债权,

也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保

责任后,

有权向债务人追偿(第 1

7

6条)。

”此外,法释[2

0

0

0]4

4号第 3

8条第 3款关于“债权人

在主合同履行期届满后怠于行使担保物权,致使担保物的价值减少或毁损、灭失的,视为债权

人放弃部分或全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或免除保证责任”的规

定有其道理,

应予坚持。

〔

3

6

〕

9.

以新贷还旧贷与保证之间的关系,

可做如下分析:

(1)债务人以新贷还旧贷变相顺延了还债期间,在存在保证的情况下,无形中延长了保证

期间,

增加了保证人实际承担保证责任的风险。为了保护保证人的合法权益,法释[2

0

0

0]4

4号

〔

3

6

〕详细论述,

参见崔建远:

《物权法》(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 4

2

4~4

2

6页。

8

5

1 合同法(第六版)

第3

9条第1款规定,

主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷,除保证人知道或应当知道的外,保证人不承担民事责任。该规定适用于以下情况:其一,在前一借款合同(旧贷)中没有保证

人,

而后一借款合同(新贷)有保证人的情况下,

对于债权人来说是由无担保的贷款变成了有担

保的贷款,

对保证人而言等于直接承担了已经不能归还的贷款的保证责任。其二,在前一借款

合同(旧贷)的保证人为甲,后一借款合同(新贷)的保证人为乙的情况下,前一借款合同(旧

贷)因新贷还了旧贷而履行完毕,甲的保证责任自然消灭,从结果上等于保证人乙承担了甲的

保证责任。因此,

在上述两种情况下,如果不事先把该情况告知后一保证人,则属于借款合同

的当事人恶意串通欺骗保证人,

保证人不应当承担保证责任。当然,

保证人知道或应当知道新

贷还旧贷,

仍愿意为其担保的,

便无欺诈因素在内,保证人应当依其约定承担保证责任。

〔

3

7

〕在

这里,

保证人知道或应当知道的判断标准在实务中成为一个突出的问题。有证据表明, 保证人

的法定代表人知道主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷的;保证人的法定代表人在担保为

偿还旧贷而设新贷的合同书上签名的;

有证据表明,保证人的其他管理人员明知主合同当事人

双方协议以新贷偿还旧贷,

该管理人员以经办人的名义在担保为偿还旧贷而设新贷的合同书

上签名,

并盖有保证人的合同专用章的,均为保证人知道或应当知道,保证人应当承担保证责

任。

(2)法释[2

0

0

0]4

4号第 3

9条第 2款规定:

新贷与旧贷系同一保证人的,不适用第 3

9条第

1款的规定。它适用于这样的情况:

前后两份借款合同都由同一个保证人担保,该保证人不论

是否知道或应否知道,

均应承担保证责任。

〔

3

8

〕 本书认为,债务人的偿还能力随着时间的推移会

变化,

在旧贷期间,

债务人有清偿能力,保证人不用实际承担保证责任,即使承担了,也能够追

偿回来。但在新贷期间,

债务人的财产状况恶化,保证人得实际承担保证责任,甚至于无法追

偿。由此看来,

法释[2

0

0

0]4

4号第 3

9条第 2款的规定存在着不妥之处。

1

0.

保证合同约定,

在主合同解除后,

保证人不再对债务人承担的民事责任负保证责任的,

依其约定(法释[2

0

0

0]4

4号第 1

0条)。

1

1.

一般保证的保证人在主债权履行期间届满后,

向债权人提供了债务人可供执行的财产

的真实情况的,

债权人放弃或怠于行使权利致使该财产不能被执行,保证人可以请求人民法院

在其提供的可供执行的财产的实际价值范围内免除其保证责任(法释[2

0

0

0]4

4号第 2

4条)。

## 第三节　定　　金

一、

定金的概念

(一)定金的界定

定金,

是指合同当事人为了确保合同的履行,依据法律规定或当事人双方的约定,由当事

〔

3

7

〕 李国光、

奚晓明、

金剑锋、

曹士兵:

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》, 吉林人民出版社 2

0

0

0年版,

第 1

6

5~1

6

6页。

〔

3

8

〕李国光、

奚晓明、

金剑锋、

曹士兵:

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》, 吉林人民出版社 2

0

0

0年版,

第 1

6

7页。

第八章　合同的担保

9

5

1

人一方在合同订立时,

或订立后、

履行前,

按合同标的额的一定比例,

预先给付于对方当事人的

金钱或其他代替物。

(二)定金及其合同的法律性质

1.

定金属于金钱担保。定金是一方当事人向对方当事人交付一定数量的金

钱或其他代替物, 其履行与否与该特定数额的金钱或其他代替物的得失挂钩,

使当事人产生心理压力,

从而积极而

适当地履行债务,

以发挥担保作用。它与人的担保和物的担保有不同的机理,

它属于金钱担保。

2.

定金合同为实践合同。定金合同的成立,

不仅须有双方当事人的合意,

而且应有定金的

现实交付,

因此具有实践性。主合同可以是实践性的,

也可以是诺成性的。定金合同必须是实

践性的,

仅有设立定金的合意,而无定金的实际交付,不成立定金合同,定金之债亦不成立。

《担保法》第 9

0条后段关于“定金合同从实际交付定金之日起生效”的规定,法释[2

0

0

0]4

4号

第 1

1

9条关于“实际交付的定金数额多于或者少于约定数额,视为变更定金合同;收受定金一

方提出异议并拒绝接受定金的,

定金合同不生效”的规定,可以视为承认了定金合同为实践合

同。之所以如此解释,

是因为《担保法》等尚未明确区分合同成立和合同生效,

而是时常将二者

混为一谈。在将二者明确区分这一点上,

法释[2

0

0

0]4

4号第 1

1

9条的规定是合理的。

3.

定金合同为从合同。定金的有效以主合同的有效成立为前提,定金合同是主合同的从

合同。在主合同无效时,

定金合同亦无效,

除非担保合同另有约定(《担保法》第 5条第 1款后

段)。这表明定金合同具有从属性。

(三)定金与相关概念的比较

1.

定金与预付款

定金和预付款虽然都可以表现为一方向另一方交付一定的金钱,但二者的法律性质和效

力却存在很大的差别。其一,

定金是一种担保方式,不属于债务的履行范畴,至于在实际履行

过程中定金抵充部分价金,需要付款的债务人单方作出意思表示,甚至得有双方当事人的合

意;

而支付预付款当然属于价金支付债务的一部分,并且是提前履行部分债务,其作用在于使

接受预付款的一方获得期限利益,支付预付款只是在客观上起到了保障相应的债权实现的作

用。其二,

定金的交付形成了一个定金合同,独立于也从属于主债关系;而预付款的支付属于

履行主债的一部分,

不构成一个独立的合同,也无所谓支付预付款和主债务的从属关系。其

三,

定金一般是一次性交付;

预付款可以分期支付。

〔

3

9

〕其四,定金的类型较多,作用也有差异。

有的是主合同的成立要件,

有的起证明主合同存在的作用,有的是作为解除主合同的代价,有

的是签订主合同的担保。预付款原则上没有这些性质和作用,但实务中出现了把预付款作为

合同生效的先决条件和解除条件的情况。其五,

当事人一方不履行主合同并达到严重程度的,

适用定金罚则。预付款则无此效力,

而只是在标的物正常交付的情况下,

交付预付款的一方再

补交剩余的价款即可。在交付标的物的一方违约的情况下,

如果交付预付款的一方解除合同,

那么,

他有权请求返还预付款;

如果他不解除,

则有义务继续交付剩余的价款。

2.

定金与押金

定金和押金均属于金钱担保范畴,都是当事人一方按约定给付与相对人的金钱或其他代

替物,

在合同适当履行后,

都发生返还的法律后果。但它们仍为不同的担保方式:

其一,

定金的

〔

3

9

〕苏惠祥主编:

《中国当代合同法论》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 2

0

4页。

0

6

1　合同法(第六版)

交付通常是在合同订立时或履行前,

具有预先给付的特点;

押金的交付,

或与履行主合同同时,

或与履行主合同相继进行,

不是预付。其二,定金担保的对象是主合同的主给付;押金担保的

对象往往是主合同中的从给付。其三,

定金的数额低于主合同的标的额,

且不得超过法定的比

例;

押金的数额往往高于或等于被担保的债权额。其四,

定金具有在一方违约时丧失或双倍返

还的效力;

押金没有双倍返还的法律效果。

3.

定金与价款或租金

价款,

在此处包括买卖合同中的价款、房地产转让合同中的转让款、股权转让合同中的转

让款等。定金为担保方式,

价款为交易的对价,二者具有本质的不同,这一点十分明显。这里

之所以提及它们,

是因为在实务中常有合同约定:

“在……条件下,

定金转化为价款”或“在……

情况下,

定金转化为租金”,

而在这些约定变成现实时,定金担保即不复存在,从而影响当事人

双方的利益分配。实际上,

只有在满足约定的条件时定金才变成转让款,

在满足约定的条件之

前定金仍为定金。按照定金和转让款各自的性质及功能,定金在转化为转让款之后便不再具

有担保的性质及功能,

不再适用定金罚则的规定。双方当事人如果完全履行了该合同书的规

定,

则定金消失,

即使此后任何一方违约,

也不会产生定金罚则的结果。

4.

定金与保证金

在期货交易、

国有建设用地使用权出让、建设工程、长途电话业务合作、租赁、房屋装修等

合同或法律关系中,

时常出现保证金的担保方式。其种类和性质复杂,

对于债权的保障作用也

多种多样。由于《合同法》等现行法对其尚未定性和定位,

保证金合同属于非典型合同,

或曰无

名合同。关于非典 型 合 同 的 法 律 适 用,虽 然 一 般 有 类 推 适 用、吸 收 说、结 合 说,但 由 于 法 释

[2

0

0

0]4

4号第 1

1

8条规定:

“当事人交付留置金、

担保金、保证金、订约金、押金或者订金等,但

没有约定定金性质的,

当事人主张定金权利的,

人民法院不予支持”,

因而保证金不得类推适用

定金罚则,

除非当事人明确约定了定金罚则的效力。此其一。保证金合同时常不是类型结合

合同的形态,

而是单一合同的态样,

因而结合说、

吸收说往往派不上用场。此其二。有鉴于此,

贯彻意思自治原则,

按照当事人的约定赋予保证金以法律效果,

是我们应时刻牢记的准则。此

其三。实务中出现的保证金,

形形色色,

因此,

对于被排除在定金范围之外的保证金,

必须予以

类型化,

确定每种类型的保证金的效力。此其四。

〔

4

0

〕

二、

定金的种类

定金制度,

古已有之,

中外皆用。但因时代、

场所及交付阶段的不同,

其性质和效力也不尽

一致。举其要者有如下五类。

(一)成约定金

成约定金,

是指作为合同成立要件的定金,因定金的交付,合同才成立。成约定金是德国

固有法的制度,

称为手金(Ha

n

d

g

o

l

d

)。法释[2

0

0

0]4

4号允许当事人约定以交付定金为主合同

成立或生效的要件(第 1

1

6条前段),

即承认了成约定金,

不过,

对此持比较宽松的态度:

在主合

同已经履行或已经履行主要部分的情况下,

即使给付定金的一方尚未交付定金,主合同仍然成

立或生效(第 1

1

6条后段)。

〔

4

0

〕 关于保证金的类型分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 3

7

2页以下。

6

1

(二)证约定金

证约定金,是指以定金为订立合同的证据。这种定金不是合同的成立要件,仅以证明合同成立为目的。在罗马法,定金通常有证约定金的性质。德国普通法及近代多数国家的立法,多承认这种定金。对于此类定金,中国现行法虽无明文,但学说大多认为,定金的交付一般都标志着合同的存在,所以,其有证明合同成立的作用。对方当事人若否认合同成立,则须举证定金的交付另有原因和作用,而非主合同成立的标志。还有,在合同存在着无效、可撤销或效力未定的原因,合同被确认为无效、被撤销、不被追认时,定金的交付,只能证明合同成立,至于合同的效力如何,适用相应的法律规定。

(三)违约定金

违约定金,

是指交付定金的当事人若不履行债务,则接受定金的当事人有权不予返还;接

受定金的一方若不履行债务,

则需双倍返还的定金(《担保法》第 8

9条)。此类定金,能够担保

债权实现,

尤其是它的存在使部分债权已经实现了,

因此其属于担保方式,

确定无疑;

其具有间

接强制当事人履行债务的效力,

在这点上其与违约金相同,两者的不同之处在于定金是事先交

付,

而违约金是在违约责任成立之后支付。于是,在关注定金和违约金的类似性的层面上,将

此类定金命名为违约定金。违约定金通常兼有证约定金的作用。

(四)解约定金

《民法通则》、

《担保法》和《合同法》均未规定解约定金,

但法释[2

0

0

0]4

4号则明确承认了

此类定金:

在定金交付后,

交付定金的一方可以按照合同的约定以丧失定金为代价而解除主合

同,

收受定金的一方可以双倍返还定金为代价解除主合同(第 1

1

7条前段)。

(五)立约定金

立约定金,

是指为保证正式缔约而交付的定金。此类定金的效力为,

交付定金的当事人若

拒绝立约,

则丧失定金;

接受定金的当事人若拒绝立约,

则应加倍偿还定金。中国在 1

9

4

9年以

前,

即有出卖土地先成立押议后订立正式合同的习俗。在现行法上,法释[2

0

0

0]4

4号规定,当

事人约定以交付定金为订立主合同担保的,

给付定金的一方拒绝订立主合同的,无权要求返还

定金;

收受定金的一方拒绝订立主合同的,

应当双倍返还定金(第 1

1

5条)。这些都是承认立约

定金的表现。

三、

定金的成立

在现行法中,

定金合同为要式合同,

定金的成立应当有书面定金合同(《担保法》第 9

0条前

段)。定金合同不仅需要当事人双方的意思表示一致,

而且需要现实交付定金。定金合同从实

际交付定金之日起生效(《担保法》第 9

0条)。关于定金交付的时间,《担保法》规定由当事人

在定金合同中约定(第 9

0条中段)。在这里,存在着带有规律性的规则:立约定金必须在主合

同订立之前交付,

否则,

起不到担保主合同订立的作用;成约定金原则上在主合同订立之前或

成立之时交付,

这是由此类定金为主合同的成立要件的性质和功能所决定的,不过存在例外, 即主合同已经履行或已经履行了主要部分的,即使定金尚未交付,也视为主合同已经成立;证

约定金通常于主合同成立时交付,以确实起到证明合同成立的作用。违约定金和解约定金既

可以在主合同成立的同时交付,

也可以在主合同成立后、履行前交付,因为在这段期限内的任

何时刻交付,

违约定金的功效都是一样的。



定金的标的,

一般为金钱,

在少数情况下是其他代替物。在金钱以外的物作定金标的的场

合,

之所以要求为代替物,

是因为接受定金的当事人不履行债务的,

必须双倍返还,

而不代替物

为定金标的的,

无法双倍返还。定金的数额由当事人约定,但不得超过主合同标的额的 2

0%

(《担保法》第 9

1条)。超过的部分,

人民法院不予支持(法释[2

0

0

0]4

4号第 1

2

1条)。

定金的交付是仅转移定金的占有权还是转移定金的所有权?对此尚有争论,本书赞同后

者。因为在定金以金钱为标的时,

法谚有“货币属于其占有者”之说,

意指货币的所有权与占有

融为一体,

取得货币的占有即取得货币的所有权,

丧失货币的占有即丧失货币的所有权。这是

由货币的本质、

货币的价值和交易的需要决定的。

〔

4

1

〕接受者收取定金后可任意处分的事实,也

证明了上述结论的正确性。这一结论也适用于代替物为定金标的的场合,因为接受定金的当

事人收取代替物后,

可以任意消费和为法律上的处分,

显现出所有权的性质和效力。

四、

定金的效力

(一)成约定金和证约定金的效力

成约定金的效力是,

定金的交付使主合同成立,不交付则原则上主合同不成立,不发生定

金罚则的效力(法释[2

0

0

0]4

4号第 1

1

6条)。证约定金的效力在于证明合同成立,

不具有罚则

的效力。

(二)解约定金的效力

解约定金具有解除合同的效力,

该效力的发生以定金的丧失或双倍返还为条件:

交付定金

的一方丧失定金返还请求权,将合同解除;收受定金的一方双倍返还定金,将合同解除(法释

[2

0

0

0]4

4号第 1

1

7条)。因为定金的丧失或双倍返还为解除条件的全部内容,

解约人有无过错

并非解除条件的构成要素,

所以,解约定金的效力不以解约人有过错为发生要件。并且,只要

解约定金的合同中没有解约人承担违约责任的约定,那么,解约人除承受定金丧失或双倍返还

的负担之外,

无须承担违约责任。还有,在解约定金合同已经成立并生效的情况下,主合同具

备了法律规定的或当事人约定的解除权发生的条件,解约人据此行使解除权,将主合同解除

时,

完全适用法定解除或约定解除的规则,

解约定金的效力不发生。

(三)立约定金的效力

立约定金的效力在于,

给付定金的一方只有丧失定金的返还请求权才可以拒绝订立主合

同,

若保有该请求权则必须订立主合同;收受定金的一方若保有定金就必须订立主合同,只有

双倍返还定金才可以拒绝订立主合同(法释[2

0

0

0]4

4号第 1

1

5条)。

(四)违约定金的效力

1.

违约定金罚则生效的主观要件

违约定金具有预付违约金的性质,它是为制裁债务不履行的行为而交付的。正因为违约

定金系为制裁债务不履行的行为而交付,

所以,

定金罚则的生效以存在可归责于当事人的事由

为要件。当合同因不可归责于当事人的事由而不能履行时,

任何当事人都不应受到制裁,

定金

应当返还。对此,

法释[2

0

0

0]4

4号第 1

2

2条已经明确规定:

“因不可抗力、

意外事件致使主合同

〔

4

1

〕郑玉波:

《民法物权》,

三民书局 1

9

8

8年版,

第 4

1

7~4

1

8页。



不能履行的,

不适用定金罚则。因合同关系以外第三人的过错,致使主合同不能履行的,适用

定金罚则。受定金处罚的一方当事人,

可以依法向第三人追偿。

”其中,

在实行过错责任原则的

法制下,

所谓“因合同关系以外第三人的过错,

致使主合同不能履行的,

适用定金罚则”,

属于当

事人为他人的过错承担责任,

也可以解释为由于可归责于当事人的原因而承担责任。所以,

对

于此类情形仍然可以解释为定金罚则的生效以存在着可归责于当事人的事由为要件。法释

[2

0

0

3]7号第 4条关于“出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品

房买卖合同担保的,

如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同,应当按照法律关于定金

的规定处理;

因不可归责于当事人双方的事由,导致商品房买卖合同未能订立的,出卖人应当

将定金返还买受人”的规定,

也表现出定金罚则以可归责于当事人的原因为主观要件。

〔

4

2

〕当

然,

当事人若特别约定,

将主观因素排除在定金罚则的生效条件之外,

则应当依其约定。

违约定金必须在存在着可归责于当事人一方的事由而不履行债务时才发生制裁效力,或

者说定金罚才生效,

其具体内容如下:给付定金的一方不履行约定的债务的,无权要求返还定

金;

收受定金的一方不履行约定的债务的,

应当双倍返还定金(《民法通则》第 8

9条第 3项、

《担

保法》第 8

9条后段)。

2.

违约定金罚则生效的客观要件

违约定金是否在任何类型的债务不履行中都发生上述效力呢?违约定金在债务人拒绝履

行和不能履行两种情况下发生罚则效力,

这为司法解释和学说共同承认。但在逾期履行、

不完

全履行的情况下,

是否适用定金罚则?法释[2

0

0

0]4

4号于第 1

2

0条明确规定:“因当事人一方

迟延履行或者其他违约行为,

致使合同目的不能实现,

可以适用定金罚则。但法律另有规定或

者当事人另有约定的除外。当事人一方不完全履行合同的,应当按照未履行部分所占合同约

定内容的比例,

适用定金罚则。

”

正因定金罚则以违约致使合同目的不能实现为暗含的生效条件,在当事人违反从给付义

务或附随义务时,

往往没有导致合同目的落空,所以,从给付义务或附随义务的违反一般不适

用定金罚则。

五、

定金合同的终止

定金合同的终止,

应当适用合同终止的一般原因。对此,

不再作过多讨论。在这里需要讨

论的是,

定金合同终止的特殊原因。例如,

某《房屋租赁合同》第 4.

1条约定了解约定金,

第 4.

2

条接着约定:

“本合同第 4.

1条规定的定金仅适用于租赁物交付之前合同的履行。合同履行后

定金于租赁期内转为租金,

直接冲抵每月应付的保底租金,直至全部冲抵完毕,冲抵的最后一

个月保底租金的不足部分,

由承租人补齐。

”不难理解,该笔定金转为保底租金之日,就是该解

约定金合同终止之时。

〔

4

2

〕 戴孟勇博士认为,

由于《合同法》奉行了无过错责任原则,

违约金责任的成立有的无须过错,

违约定金罚则的生效亦

应如此处理。这确有道理,

在立法论上值得赞同。只是司法解释规定违约定金的罚则生效须有可归责于当事人一

方的事由,

在解释论上似难改变;

若要改变,

只得求助于《合同法》为上位阶规范,

司法解释为下位阶规范,后者不得

抵触前者的规则。需要指出的还有,

全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会的一些专家认为,《合同法》并

未确立无过错责任原则,

而是仍然贯彻了过错责任原则。如此,定金罚则需要可归责于当事人一方的规则及其理

论还得坚持。

## 第九章　合同的变更

### 第一节　合同的变更概述

一、

合同变更的概念

合同的变更有广义的和狭义的区分。广义的合同变更,包括合同内容的变更与合同主体

的变更。合同内容的变更,是指当事人不变,改变合同的内容的情形。它属于狭义的合同变

更。合同主体的变更,

是指合同关系保持同一性,

仅改换债权人或债务人的情形。不论是改换

债权人,

还是改变债务人,合同主体的变更都会使合同权利义务的移转给新的债权人或债务

人。因此,

合同主体的变更实际上是合同权利义务的转让,分为合同权利的转让、合同义务的

转让、

合同权利义务的概括转让。通常所谓的合同的转让,

并非当事人各方已达成的合意的转

让,

而是合同权利义务的转让,

因为合意与特定的当事人密切相连,

在客观上无法转让,

只有不

具有人身专属性的权利、义务才有可能转让。本节仅讨论合同内容的变更,简称为合同的变

更。

二、

合同变更的类型

合同的变更,

从其原因和程序上着眼,

在中国合同法上可有如下类型:

(1)基于法律的直接

规定变更合同,

如债务人违约致使合同不能履行,履行合同的债务则变为损害赔偿的债务; (2)在合同因重大误解、显失公平而成立,以及在合同因欺诈、胁迫、乘人之危而成立又不损害

国家利益的场合,

有权人可诉请变更或撤销合同,

由法院或仲裁机构裁决变更合同;

(3)在情事

变更使合同履行显失公平的情况下,

当事人诉请变更合同,由法院或仲裁机构依职权裁决变更

合同;

(4)当事人各方协商同意变更合同;

(5)其他类型的形成权人行使形成权使合同变更。

基于法律的直接规定而变更合同,

法律效果可直接发生,

不以法院或仲裁机构的裁判或当

事人协议为必经程序。例如,

债务人违约使履行合同的债务变为损害赔偿债务,系当然发生,

但可由当事人协商损害赔偿额,

亦可诉请法院或仲裁机构予以裁判。对此,

本书在违约责任等

章节讨论,

本章不论。

在合同因重大误解、

显失公平而成立,

以及在合同因欺诈、

胁迫、

乘人之危而成立又不损害

国家利益的场合,

有权人可诉请变更或撤销合同,但须经过法院或仲裁机构的裁判,通过法院

或仲裁机构的裁决将合同予以变更或撤销。对此,

本书在“合同的效力”一章中已经讨论过,

此

处不再赘述。

适用情事变更原则,

无论是解除合同还是变更合同,

均须通过法院或仲裁机构的裁判。对



此,

本书已在合同的履行一章讨论了,

此处亦不赘述。

合同的变更基于形成权人单方意思表示的,如选择权人行使选择权,使合同变更。对此, 本书已在合同的履行等章节有所涉及,

同样不再转论。

有鉴于此,

本章重点介绍和探讨“当事人各方协商同意变更合同”的类型。

渊源于罗马法思想,

传统民法理论认为,

合同的变更分为债的要素变更与非要素变更。所

谓债的要素变更,

是指给付的重要部分发生变更,导致合同关系失去同一性。对于重要部分, 应依当事人的意思和一般交易观念加以确定。按照一般交易观念或当事人的意思,认为给付

的变更已使合同关系失去同一性的,即为债的要素变更,不再属于合同的变更,而为合同的更

改,

或曰合同更新。例如,

买卖汽车变为买卖拖拉机,

承揽债务变更为支付一定货币的债务,租

赁甲楼变更为租赁乙楼等,

均为债的要素变更,

合同关系失去同一性,

不再属于合同的变更,

而

应为合同的更改。与此相反,

非要素的变更未使合同关系失去同一性,

当然为合同的变更。标

的物数量的少量增减、

履行地点的改变、

履行期限的顺延等均属此类。

应注意的是,

现代民法认为,

属于要素变更从而导致合同关系同一性丧失的情形,已属例

外,

主要表现在当事人有明确意思表示的场合。中国合同法应否区分合同的变更和合同的更

改,

意见尚不一致。合同的变更未使合同关系失去同一性,

合同债权所附着的利益和瑕疵原则

上继续存在,

而合同的更改已使合同关系失去同一性的,旧债权所附着的利益与瑕疵归于消

灭,

法律效果明显不同。因而,

区分合同的变更与合同的更改,即区别要素的变更与非要素的

变更,

在理论上更为合理,

只是《合同法》未作如此区分。有鉴于此,

以下所论合同的变更,

限于

非要素的变更。

## 第二节　合同变更的条件与效力

一、

### 合同变更的条件

(一)原已存在着合同关系

合同的变更,

是改变原合同关系,无原合同关系便无变更的对象,所以合同的变更离不开

原已存在着合同关系这一条件。合同无效,自始即无合同关系;合同被撤销,合同自始失去法

律约束力,

亦无合同关系;

追认权人拒绝追认效力未定的合同,

仍无合同关系。在这些情况下,

自无变更合同的余地。

原合同虽然存有撤销原因,

但在撤销权行使前,该合同依然有效,不妨碍双方当事人协商

一致,

变更合同。原合同虽然存有效力待定的原因,但当事人协商一致予以变更,消除效力待

定的原因,

系积极而正面的措施,

没有否定的必要,

应予鼓励;

即便变更没有消除效力待定的原

因,

也无关紧要,

因为变更后的合同依然视情况的不同而分别适用法律关于生效履行、

不成立、

被撤销或无效的规定,

不会产生进一步负面的结果。

(二)合同的内容发生变化

合同的变更采狭义说,

则不包括合同主体的变更,

仅指合同内容的变更,

因此,

合同内容发



生变化是合同的变更不可或缺的条件。

所谓合同内容的变化,

在合同变更与合同更改两立的模式中,

应当包括以下类型:

1.

合同标的物在质量、

数量方面的变更。通过约定,将合同标的物的数量增加或减少,属

于合同的变更,

当无疑义。至于通过约定改变标的物的品质、规格等,在尚未导致标的物变为

另一标的物的情况下,

依然属于合同的变更;但倘若已经使得此标的物变为彼标的物的,则属

于合同的更改,

而非变更。

2.

合同履行条件的变更。所谓合同履行条件,包括履行期限、履行地点、履行方式以及结

算方式等。当事人对原约定的履行期限、

履行地点、

履行方式、

结算方式等予以改变,

属于合同

的变更。

3.

合同价金的变更。当事人通过约定将原约定的合同价款或酬金予以增减,属于合同的

变更。通过约定改变利率,

增减利息的数额,

亦为合同的变更。

4.

合同所附条件或期限的变更。例如,所附条件的除去或增加,所附期限的延长或提前, 所附条件的构成要素增加或减少等。

5.

合同担保的变更。例如,

基于当事人的意思表示,

合同担保消灭或新设等。

6.

从给付义务、

附随义务的变更。例如,

原约定股权转让方保证股权转让获得主管机关的

批准,

现变更为保证拟转让的股权上没有任何负担。

7.

违约责任的变更。例如,

将原约定的每日万分之三的违约金变更为每日万分之二点五,

把迟延履行的违约金和瑕疵给付的违约金累计变更为只能选择其一。

8.

解决争议方法的变更。例如,

原约定双方发生争议时交由某仲裁委员会裁决,后约定变

更为交由人民法院判决;

原约定双方发生纠纷时交由斯德哥尔摩仲裁院仲裁,后约定变更为交

由中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁。

9.

排除法定义务的变更。合同约定的条款没有改变,

但依据《合同法》第 6

0条第 2款等规

定所产生的作为合同内容的附随义务,

以及基于《合同法》第 1

3

5条、

第 1

3

6条等规定产生的作

为合同内容的从给付义务,

却全部或部分地被双方当事人于其后签订的合同所排除,在该约定

排除有效的情况下,

便构成了合同变更。

(三)当事人就合同的变更已经协商一致

合同的变更,

一律由当事人各方协商一致,

达不成协议便不发生合同变更的法律效力(《合

同法》第 7

7条、

第 7

8条)。

这里的协商一致,

实际上是订立一个新合同,仍需经过要约、承诺程序。其要约人须是原

合同的一方当事人,

受要约人须是原合同的另一方当事人,若为其他人发出变更合同的要约,或其他人接受变更合同的要约,都不发生合同变更的效果。这里的要约,是变更原合同的要

约,

须包含变更原合同内容这一要点,若含有责任的有无以及责任的分担的意思,则更佳。这

里的承诺,

是对该要约的同意。

〔1〕

所谓协商一致,

自然是真正的意思表示一致,若含含糊糊,或者说对合同变更的内容约定

不明确,

适用《合同法》第 7

8条关于“当事人对合同变更的内容约定不明确的,推定为未变更”

〔1〕 值得注意的是,

变更合同的合意形成采取明示的方式相对容易识别,

若采取行为乃至沉默的方式,则应当区别情况

而作判断。关于这个问题的讨论,

请参见崔建远:

“行为、

沉默之于合同变更”,

载《中外法学》2

0

1

4年第 3期。

7

6

1

的规定。

对于“对合同变更的内容约定不明确”,

或从另一方面表述“对合同内容的变更约定明确”,

应如何把握,

值得推敲。

1.

当事人各方以语言或文字将原合同的约定清楚、

明确地予以改变,

如将原合同约定的价

款从 2

0

0万元提高到 2

2

0万元,

把原合同约定的履行期 2

0

1

0年 3月 9日调整为 2

0

1

0年 3月 9

日至 2

0

1

0年 9月 6日等,

均为对合同内容的变更约定明确,

应当发生合同变更的法律效力。

2.

对合同的债权、

债务的变更约定明确,但对某些附随义务的变更约定不明确,不宜一律

推定为合同未变更,

而应视具体情况来确定合同变更与否。例如,

某商品房预售合同约定的房

款为 2

1

0万元人民币,

双方共同办理房屋所有权的移转登记手续,

合同签订后 1

0

0天之内通知

入住,

为保障对小区安全规划,

后变更房款为 2

5

0万元人民币,

开发商独自办理过户手续,买受

人支付代理费,

合同签订后 1

5

0天之内通知入住,规划小区安全保障问题再议。上述变更,只

有最后一项不清,

其他各项都清楚明确。本书认为,约定清楚明确的各项,应当发生变更的效

力,

规划小区安全保障一项仍按原约定,

即由开发商或其委派的物业服务公司负责安全。我们

不可因规划小区安全保障的变更约定不明确而否定其他内容的变更。

3.

对合同的变更采用一份完整的合同文本予以明确,

固然可发生合同变更的效力,

若采取

若干份文件的形式,

逐项变更原合同的内容,

只要是意思表示一致,

也可发生合同变更的效力。

例如,

某《合同书》第 1

1条第 1款约定:

“本合同的变更须经甲、

乙双方同意,

并签署书面变更文

件;

甲、

乙双方通过函件往来或会议纪要对合同的变更具有合同变更的效力。

”其中,“甲、乙双

方通过函件往来或会议纪要对合同的变更具有合同变更的效力”, 应被法律承认。

4.

对合同内容的变更约定不甚明确,可否通过《合同法》第 6

1条、第 6

2条的规定加以确

定,

承认合同变更?答案是否定的,因为《合同法》第 6

1条、第 6

2条的规定是填补合同漏洞所

应遵循的规则,

适用它们的前提是合同存在漏洞,合同无漏洞时,不得援用这两条规定。所谓

合同漏洞,

就是合同存在应该约定却未约定的情形。在合同变更的场合,

原合同对有关事项已

有明确的约定,

不存在合同漏洞;

当事人对合同内容的变更约定不明确的,仍应以原约定的内

容为准,

不存在适用《合同法》第 6

1条、

第 6

2条规定的情形。有鉴于此,还得遵循《合同法》第

7

8条关于“当事人对合同变更的内容约定不明确的,

推定为未变更”的规定处理。

5.

当事人各方以语言或文字将原合同的约定清楚、明确地予以改变,固然是约定明确,即

便是没有采取这样的方式,

而是用其他可以无误地判断出改变了原合同约定的方法,也应认定

为“对合同变更的内容约定明确”。

需要说明的还有,

《合同法》第 7

8条对于变更内容约定不明确的后果,

使用的表述是“推定

为未变更”,

而非“视为未变更”,

这为当事人通过举证证明已经就合同变更达成合意、

从而推翻

该推定预留了的空间。例如,

变更原合同的新合同确实不甚清楚,

但当事人一方举证出这样的

证据:

他(它)发给相对人的变更的要约函件,

相对人在该函件签署了“完全同意”的字样,并在

其上加盖了相对人的公章。如此,

应当认定当事人双方就合同内容的变更达成了合意,

且约定

明确,

发生合同变更的法律效力。

(四)须遵守法律要求的方式

对合同的变更,

法律要求采取一定方式的,须遵守此种要求。《合同法》第 7

7条第 2款规

定,

法律、

行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的,依其规定。《保险法》第 2

0条

8

6

1 合同法(第六版)

第2款规定:

“变更保险合同的,应当由保险人在保险单或者其他保险凭证上批注或者附贴批

单,

或者由投保人和保险人订立变更的书面协议。

”当事人对合同变更的形式有特别约定的,

亦

应依其约定。法律、

行政法规未规定特定形式的,当事人亦无特别约定的,合同变更可采取任

何形式。

二、

合同变更的效力

合同的变更,

在变更后的合同内容不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗

的情况下,

发生合同变更的法律效果。

合同的变更,

主要是在保持原合同关系的基础上使合同内容发生变化,

合同变更的实质是

以变更后的合同代替原合同。因此,

在合同发生变更以后,

当事人应当按照变更后的合同内容

为履行,

任何一方违反变更后的合同内容都将构成违约。

合同变更原则上仅向将来发生效力,

对已经按原合同所为的给付无溯及力,

已经履行的债

务不因合同的变更而失去法律根据,

任何一方不能因合同的变更而要求对方返还已为的给付,

当事人另有约定的除外。

合同变更仅对已经变更的部分发生效力,未变更部分的权利义务继续有效。所谓已经变

更的部分、

未变更的部分,

会出现在当事人对合同内容的变更有些约定十分明确而有些则不明

确的场合。遇此情景如何确定变更的效力?本书认为,

一般来说,

变更合同内容约定明确的部

分,

发生变更合同的效力;

约定不明确的部分,

不发生合同变更的效力。不过,

在使约定明确的

部分发生合同变更的效力会违背合同的本旨,并较为严重地损害当事人一方合法权益的情况

下,

应认为整个合同没有变更。

根据《民法通则》第 1

1

5条的规定,合同变更不影响当事人要求赔偿损失的权利。狭义的

合同变更是否与损害赔偿并存,

应依当事人的约定而定。双方当事人就损失的赔偿有约定的,

依其约定;

无此约定的,

则无赔偿责任。

## 第十章　合同的转让

### 第一节　合同的转让概述

合同的转让,

准确地说是合同权利、

义务的转让,

是指在不改变合同关系内容的前提下,合

同关系的一方当事人依法将其合同的权利、

义务全部或部分地转让给第三人。

合同的转让,

按照所转让的内容的不同可以分为:

合同权利的转让、

合同义务的移转、合同

权利和义务的概括转让。后者也叫合同权利和义务的一并转让。同时,以上各种类型的合同

转让可以是全部转让,

也可以是部分转让。不同类型的合同转让的条件和效力不尽相同。

合同的转让,

有的基于法律的直接规定而发生,此类转让称为法律上的转让,如依继承法

的规定,

被继承人死亡,

包括合同权利、

义务在内的遗产即移转于继承人;

有的基于法院的裁决

而发生,

此类转让称作裁判上的转让;有的基于法律行为而发生,此类转让名为法律行为上的

转让,

如遗嘱人以遗嘱将其合同权利转让给继承人或受遗赠人,或转让人与受让人订立转让合

同而将合同权利、

义务转让。其中,

通过转让合同而转让合同权利,

属于债权让与;

通过转让合

同而转让合同义务,

称为债务承担。以下重点介绍债权让与、债务承担和债权债务的概括转

让。除非另有说明,

债权让与限于合同权利的让与,债务承担单指合同义务的承担,债权债务

的概括转让仅指合同权利义务的概括转让。

传统民法学说认为,

在以合同变更债的要素场合,

除了特别的更改合同或完全替换标的物

或变更债的发生原因之类外,

尤其是除了没有明确表示维持债的同一性的意思外,一般都认为

债不失去其同一性。

〔1〕对此,中国民法应予承认。

## 第二节 债 权 让 与

一、

债权让与概述

债权让与,是指不改变债权关系的内容,债权人通过让与合同将其债权移转于第三人享

有。其中的债权人叫做让与人,

第三人称为受让人。

债权让与和债权让与合同不是同一个概念,

而是具有联系和区别的两个范畴。正所谓“债

〔1〕 [日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 2

7

7页。

0

7

1　合同法(第六版)

权让与是债权的转让行为,

而不是一个合同(一项允诺)”。

〔2〕 详细来说,债权让与,是指债权

自其主体处移转到受让人之手的过程,

是债权变动的一种形态,在不承认物权行为制度及其理

论的法制下,

它属于事实行为;

同时,它也是债权归属于受让人的一种结果。而债权让与合同

则为引起债权让与的一种法律事实,并且,因其以当事人的意思表示为要素,故它属于一种法

律行为;

因其在让与人和受让人之间产生了债权债务,故它属于债权行为。当然,因中国现行

法未采纳物权行为制度及其理论,

所以,

除非上下文的需要,

不单独使用债权行为的概念,

本书

遵循这个技术规范。

应予注意的是,

中国台湾学者、

一些日本学者所使用的“债权让与契约”一语,指的是准物

权契约,

或者称为准物权行为,

即债权由让与人处移转到受让人之手的行为,

而非债权合同。

〔3〕

换句话说,

他们所谓“债权让与契约”对应着中国现行法上的“债权让与”,他们所谓“原因行

为”或“基础行为”对应着中国现行法上的“债权让与合同”;在他们的术语

中,“债权让与”和

“债权让与契约”指的是同一个事物,

即准物权行为,

它不同于中国现行法上的作为事实行为的

“债权让与”。

〔4〕

《合同法》规范的债权让与(第 7

9~8

3条),主要是普通债权的让与,相当于日本民法上的

指名债权的让与。有价证券的让与,

首先适用《票据法》等商事法的规定,商事法没有规定的,

才适用《合同法》的有关规定。购物券、入场券等证券化的债权,有的被中国现行法所禁止,即

便允许使用且可以转让的,

也首先应适用特别法的规定,没有特别法或特别法没有规定的,才

适用《合同法》的有关规定。下文所论的债权让与,除非特别指明,均为普通债权(指名债权或

记名债权)的让与。

债权让与不同于物权变动,

这不仅是因为指名债权不同于物权,

而且是因为两者对于公示

的要求不同。物权变动必须通过移转占有、

登记等公示形式对外表现出来。

〔5〕 而债权的让与,

除非法律、

行政法规规定转让债权应当办理批准、登记手续的,无须采用特别的公示方式(《合

同法》第 8

7条),

无登记、

占有移转的要求,

让与合同生效,

债权立即移转给受让人,

无须有形的

履行行为,

连债权证书都不必交付。即使在对已经做成债权证书的债权进行让与时,必须交付

债权证书,

也不过是一种证据手段而已。

〔6〕 交付证书属于履行从给付义务。

当然,应当指出的是,如果当事人特约在债权让与合同成立之后的某个时间点债权才移

转,

那么,

只要该约定不违法,

就应依其约定。如果拟转让的是未来的债权,

该债权移转的时间

点则在债权成立之时,

甚至可能是在随后当事人约定的日期。

债权让与,

是债权人处分其权利的表现,类推《合同法》第 5

1条、第 1

3

2条第 1款等规定,

需要债权人享有处分权。不过,

法释[2

0

0

9]5号第 1

5条和法释[2

0

1

2]8号第 3条的规定则不

要求转让人享有处分权。应该指出,

“处分”虽然通常是指处分行为,

在德国民法和中国台湾地

〔2〕 [美]E.

艾伦·范斯沃思:

《美国合同法》,

葛云松、

丁春艳译,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 7

2

1页。

〔3〕 郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),陈荣隆修订,中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,第 4

3

4页;林诚二:《民法债编

总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

9

3页;

邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大

学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

2

0页;

另可参见[日]於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,五南图书出版有限

公司 1

9

9

8年版,

第 2

8

1页。

〔4〕 详细分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 4

1

4页以下。

〔5〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国民法总论》,

邵建东译,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 1

6

9页。

〔6〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国民法总论》,

邵建东译,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 2

8

4页。

第十章　合同的转让

1

7

1

区的“民法”上,

处分行为主要是指物权行为和准物权行为,但是,广义的处分也包括负担行

为。

〔7〕 例如,中国台湾地区“民法”第 8

1

9条第 2项规定:

“共有物之处分、变更及设定负担,应

得共有人全体之同意”。此处所谓的“处分”,

应从广义上理解,

包括负担行为在内,

故私卖共有

物,

未得其他共有人之同意,

系属效力未定,

自得因其他共有人之承认而溯及既往发生效力。

〔8〕

中国民法未采纳物权行为制度及其理论,故所谓的处分,更应包含所谓的债权行为,这一点至

为明显。

二、

债权让与合同的条件

在德国民法和中国台湾地区的“民法”上,债权让与系准物权行为,属于处分行为,而处分

行为以处分人具有处分权为生效条件,

无处分权人从事债权让与的应属无效。

〔9〕所以,它们讨

论债权让与的条件,

重点在考察是否存在着债权,若存在债权,接下来则应考察它是否具有让

与性。至于债权让与合同,

则受到冷遇,因为它只是债权让与这个处分行为的原因行为,而德

国民法、

中国台湾地区“民法”又实行无因性原则,故它们只是在考察债权让与的原因时,才提

到诸如买卖、赠与、信托、委任(委托)、代物清偿等具体的原因。与此不同,在中国内地的民法

上,

债权让与系事实行为,

是债权让与合同生效的结果,它完全是债权让与合同这个“债权合

同”的效力表现。如此,

与其说让与人需要拥有有效的债权、

具有处分该债权的权限,

是债权让

与这个债权变动的条件,

倒不如说其为债权让与合同的有效条件,更为准确。当然,这一结论

的得出,

不是依据德国民法关于负担行为无须处分权的理论得出的,而是类推《合同法》第5

1

条、

第1

3

2条的规定,

基于负担行为也需让与人具有处分能力的法律及其理论推知的。

〔

1

0

〕有鉴

于此,

下文讨论债权让与合同(相当于德国民法所谓的债权合同)的条件。

(一)须存在有效的债权

根据《合同法》第 7

9条的规定及其解释,

类推《合同法》第 5

1条、第 1

3

2条的规定,可知债

权让与合同需要让与人拥有有效的债权,具有处分该债权的权限。以不存在或无效的债权让

与他人,

或以已经消灭的债权让与他人的,

都将因标的物不存在或标的不能而导致债权让与合

同不成立,

或效力待定。这是《合同法》不同于德国民法、

中国台湾地区“民法”之处。

有效的债权,

是指该债权真实存在且并未消灭,但这并不意味着它一定能够实现,也就

是

说,

让与人仅负有保证它确实存在的义务,

并不负有保证债务人能够清偿的义务。

对有效的债权应从宽解释,

不要求它必须是效力齐备的债权。以下类型的债权也可以作

为让与的标的:

(1)继续性合同场合的既存债权;(2)附停止条件或附始期的合同所生债权;(3)已罹诉讼时效的债权;

(4)可撤销的合同所生的债权;(5)享有选择权的债权等内容不确定

的债权;

(6)成为权利质权标的的债权,属于确定、有效的债权,只是其上载有负担。只要受让

人于其受让时知晓该种负担,

预知权利质权实行的可能,债权让与合同的效力就不因权利质权

的存在而受到影响。

〔

1

1

〕

〔7〕王泽鉴:

《民法学说与判例研究》(第 4册),

中国政法大学出版社 1

9

9

8年版，

第 1

3

6~1

3

7页。

〔8〕 王泽鉴：

《民法学说与判例研究》(第 5册)，

中国政法大学出版社 1

9

9

8年版，

第 5

9页。

〔9〕 [德]迪特尔·梅迪库斯：

《德国民法总论》，

邵建东译，

法律出版社 2

0

0

0年版，

第 1

6

9页。

〔
1
0
〕详细论述,
参见崔建远:
“无权处分辨”,
载《法学研究》2
0
0
3年第 1期。
〔
1
1
〕详细说明,
参见崔建远:
《合同法总论》(中卷),
中国人民大学出版社 2
0
1
2年版,
第 4
1
0~4
1

4页。



将来的债权届时能否存在,

不确定性很大;以此类债权作为让与合同的标的物,使受让人

承受了较大的风险。有鉴于此,

除非债权让与合同明确约定以将来的债权作为标的物,

且不违

反强制性规定,

不违背公序良俗,

原则上不承认将来的债权可作为让与合同的标的物。

(二)被让与的债权须具有可让与性

债权让与,

系债权从让与人处移转到受让人之手的过程,

更是一种结果。这个结果要成为

现实,

债权具有让与性是必要条件。债权没有让与性,相当于有体物为禁止融通物,不会发生

移转的法律效果。在近现代,

债权一般都应具有让与性。这是由市场经济的投资流动化要求

所决定的,

并由此打破了债权仅存在于特定人之间的法律观念,确立债权的财产权性质和财富

性质。

〔

1

2

〕只要债权让与不违反法律的强制性规定、社会秩序和公共道德,就应具有让与性。

但问题往往存在另一面,

债权毕竟不同于物权,

具有特定的债务人,

而且种类、

内容也不由

法律确定,

而是基于各种各样的交易关系、个别地创立发生的。因此,即使在原则上已经承认

债权让与自由,

仍不能无视特定债务人的立场以及交易关系的个性、特殊性,不得不设定范围

相当大的重大例外规则。

〔

1

3

〕例如,人格的信赖关系等个人色彩浓厚的关系,需要尊重,债权仍

有不适合让与的。

〔

1

4

〕再如,基于社会政策和保护社会公共秩序的需要,债权让与的范围也应

受

到一定的限制。《合同法》第 7

9条明确规定三类债权不得转让:根据合同性质不得转让的债

权、

按照当事人约定不得转让的债权、

依照法律规定不得转让的债权。

1.

按照合同性质不得让与的债权

根据合同性质不得让与的债权,

也叫债权性质不容许让与的债权,

原是指改变债权人就不

能维持同一性或就不能达到债权目的的债权。日本的判例对此的解释是,无论是否以特别关

系为债权发生的原因,

或是否需要债权人的行为,或是否为金钱债权,皆无关系。

〔

1

5

〕根据合同

性质不得让与的债权,通常包括如下种类:(1)因债权人变更而引起给付 内 容 变 更 的 债 权; (2)因债权人变更,

债权行使会产生显著差异的债权;(3)应在特定当事人之间进行决算的债

权;

(4)预约上的债权;

(5)某些不作为债权;

(6)某些属于从权利的债权。

〔

1

6

〕

2.

按照当事人的约定不得让与的债权

根据合同自由原则,

当事人可以在不违反法律的强制性规定、

社会秩序和公共道德的前提

下,

自由约定合同的内容。因而,

当事人在合同中可以特别地约定禁止债权人让与合同债权的

内容,

并具有法律效力,

在这种情况下,

此类债权便不具有让与性。不过,《国际保理公约》(第

6条第 1款)等法律文件,

就应收账款等债权禁止让与特约则持相反的态度。

〔

1

7

〕

禁止让与特约属于民法上的意思表示,应适用民法有关意思表示的规定。
它可以在订立

合同时以一个条款的形式出现,

也可以在合同成立后另立一个合同,但必须在合同债权让与之

前作出,

否则,

便不具有影响合同债权让与的效力。该约定可以采取口头方式,也可以采取书

〔

1

2

〕[日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 2

7

9页。

〔

1

3

〕[日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 2

7

9页。

〔

1

4

〕 郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

3

5页。

〔

1

5

〕 《大民判》

1

9

0

7年 4月 1

7日“民录”1

2辑 5

2

4页。转引自[日]於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,五

南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 2

8

5页。

〔

1

6

〕具体分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 4

2

7页以下。

〔

1

7

〕 具体分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 4

2

7页以下。



面方式。

〔

1

8

〕

特约不得受让债权的人,

简称为受禁人,其范围可以是泛指,即约定合同债权不得让与一

切他人;

也可以是特指,

即指明合同债权不得让与某人或某些人。

〔

1

9

〕

禁止让与的期限,

可以约定在合同整个有效期内均不得让与债权,

也可以约定债权在一定

期间内不得让与。

关于禁止债权让与的特约具有何种法律效力,中国法未作明文规定。《德国民法典》规定

其为有效(第 3

9

9条);《日本民法典》承认其效力,但其不得对抗善意第三人 (第 4

6

6条第 2

项);

中国台湾地区“民法”与《日本民法典》的态度相同(第 2

9

4条第 2项)。

债权人违反不得让与的约定,

将债权擅自转让,发生何种效力?《合同法》尚无明文。《日

本民法典》和中国台湾地区“民法”采取“禁止债权让与的约定有效,但不得对抗善意第三人”

的规则。这区分了法律禁止债权让与和当事人约定禁止债权让与的不同效力强度和效力范

围,

兼顾和平衡了财产权的流通性、

意思自治、

交易安全几项价值,

区分当事人的不同主观状态

而异其效力,

在《合同法》第 7

9条第 2项没有修订之前,

可以借鉴这种模式。但应注意的是,

德

国民法和中国台湾地区“民法”及其理论所谓的债权让与(行为)有效或无效,指的是债权让与

这个准物权行为有效或无效,

中国民法未采纳物权行为制度及其理论,对此不得照搬,而应改

造,

宜形成这样的规则:

其一,

在受让人为善意的情况下,债权让与合同有效,即债权人和债务

人之间关于禁止债权让与的约定,不得对抗善意受让人,待债务履行期届

至时,受让人有权请

求债务人清偿。不过,

债务人可以追究债权人的违约责任。其二,在受让人为恶意场合,如果

债务人不提出抗辩,

那么,

让与人和受让人之间的债权让与合同有效;如果债务人提出受让人

为恶意的抗辩,

主张债权让与合同无效,

那么,

应当予以支持。

3.

按照法律规定不得让与的债权

法律规定债权不得让与,即该债权为禁止流通物,让与人和受让人签订让与该债权的合

同,

构成自始客观不能,

合同无效。于此场合,

债务人有权拒绝向受让人履行债务。

依照法律规定不得让与,

在中国现行法上,

有《保险法》关于“按照以死亡为给付保险金条

件的合同所签发的保险单,

未经被保险人书面同意,

不得转让或者质押”(第 3

4条第 2款)的规

定。《担保法》虽有关于最高额抵押担保的主合同债权不得转让的规定(第 6

1条),不过,《物

权法》已经取消了该项规定。

在某些立法例及其理论上,

法律禁止扣押的债权不得让与。所谓禁止扣押的债权,

是指维

持当事人及其共同生活的亲属生活等所必需的,

不得供强制执行的债权。

〔

2

0

〕这在德国法上似

乎不成问题,

因为《德国民法典》第 4

0

0条明确规定禁止扣押的债权不得让与。但应注意到,

日

本有学者对此持相反的意见,

认为禁止扣押不过是为了保护债权人,对于不依债权人的意思而

为的处分,

予以禁止而已,

若债权人依自己的意思而为处分,

则当不在禁止之列。

〔

2

1

〕

〔

1

8

〕 史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 6

8

1页。

〔

1

9

〕 史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 6

8

1页。

〔

2

0

〕 郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

3

7页。

〔

2

1

〕 [日]於保不二雄:

《债权总论》,

有斐阁 1

9

5

9年版,

第 2

7

5页。转引自郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),陈荣隆

修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

3

7页。

4

7

1　合同法(第六版)

(三)让与人和受让人须就债权的转让意思表示一致

依据《合同法》第二章关于合同的订立的规定和《民法通则》关于意思表示和法律行为的规

定,

债权让与合同的成立,

必须要求让与人和受让人就债权的转让意思表示一致。

三、

债权让与合同的效力

(一)债权让与合同的生效

债权要实际上发生让与,

需要成立的债权让与合同生效。该合同一经生效,

债权即移转给

受让人,

不存在有体物买卖那样有形的履行行为。当然,在将来的债权让与场合,债权让与合

同生效,

使受让人立即取得请求让与人移转将来的债权的权利,作为让与合同的标的物的债权

实际移转,

需要到该债权存在时才有可能。还有,当事人约定债权于未来的某个时间点移转

的,

依其约定,

除非该约定违反法律、

行政法规的强制性规定,

违背公序良俗。

债权让与合同的生效,

适用《合同法》第三章关于合同的效力的规定。首先,

让与人和受让

人一般均应具有完全的行为能力。按照《合同法》第 4

7条第 1款的规定,

限制行为能力人经其

法定代理人同意或追认,

也可以订立让与合同。无行为能力人与他人签订债权让与合同的, 其

法律效力应当准用《合同法》第 4

7条的规定。纯获利益的受让,则无须其法定代理人的同意。

其次,

需要让与人享有处分权。再次,需要让与合意真实。最后,需要该合意合法。这包含两

层含义:

一是债权让与合同的内容合法;二是债权让与合同的形式应合法,此类合同原则上为

不要式合同,

无须采取特别的形式,但法律对债权让与有特别规定或当事人有特别约定的,应

依法律的规定或当事人的约定。《合同法》第 8

7条规定,债权人转让权利或债务人转移义务,

法律、

行政法规规定应当办理批准、

登记等手续的,

依照其规定。应当注意,

法释[1

9

9

9]1

9号规

定,

在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的,

或仍未办理批准、

登记等手续的,

人民

法院应当认定该合同未生效;

法律、行政法规规定合同应当办理登记手续,但未规定登记后生

效的,

当事人未办理登记手续不影响合同的效力(第 9条)。

(二)债权让与合同生效的效果

债权让与合同的生效,

在让与人和受让人之间形成如下法律后果。

1.

法律地位的取代

债权让与合同生效后,

如果让与合同规定债权于未来的某个时间点移转,

那么,

让与人仍然享

有债权,

尚未退出债权债务关系,

只是就他和受让人之间的关系而言,

其债权受到限制,

如未经受

让人授权不得行使债权;

受让人并未取得被让与的债权,

只是开始享有取得债权的期待权,

也就是

享有于约定的时间点取得债权的权利,

同时有权援用债权人对债务人的抗辩权,

如同时履行抗辩

权、

履行期尚未届至的抗辩等。唯有如此,

才可有效地保护受让人的和合法权益,

阻止让与人放任

债务人实施有害受让人权益的行为,

更可防范让与人与债务人恶意串通损害受让人的合法权益。

未来债权的让与,

也大致如此,

只是某些抗辩权尚不存在。

在债权为现实存在且全部让与的场合,

该债权即由原债权人(让与人)移转于受让人,

让与

人脱离原债的关系,

受让人取代让与人的法律地位而成为新的债权人。但在债权部分让与时,
让与人和受让人共同享有债权。

2.

从权利随之移转

根据民法学原理,

在主债权发生移转时,其从权利原则上应随之一同转移,但该从权利专



属于债权人自身的除外(《合同法》第 8

1条)。随同债权移转而一并移转的从权利,

包括担保权

和其他从权利。

(1)此处所谓担保权,

包括担保物权、

保证债权、

定金债权、

押金债权和保证金债权等。

〔

2

2

〕

(2)所谓其他从权利,

包括利息债权、

违约金债权和损害赔偿请求权等。

〔

2

3

〕

(3)形成权的类型较多,

需要区分情况而定。与请求权相结合、功能在于实现债权的形成

权,

如选择权、

催告权,

应当与债权一同移转。与债的关系(而非单一的债权)相结合、

与当事人

的地位有关系的形成权,

如解除权、

撤销权等,

只有在概括承受的情况下,

才随着债权债务的概

括移转而移转。

〔

2

4

〕 在(单纯的)债权让与,债权人仍负有债务,继续为债权关系的当事人的情

况下,

如果解除权等形成权随着债权让与而移转,那么会出现下述不合理的局面:让与人应当

解除合同以保护自己的合法权益,

却因无解除权而束手无策;或者让与人坚持合同继续有效以

获得期待利益,

却因受让人行使解除权而期待落空。

(4)债权瑕疵随同移转。债权的让与只是变更债权的主体,

该债权的性质不因此而有所变

更,

故因债权的性质所定的期间,

对债权的受让人,自然适用;

〔255〕债权存在的瑕疵,也移转于受让人。

〔256〕于此场合,若让与的债权自身存在类似有体物那样的瑕疵,则应类推适用《合同法》第155条和第158条关于物的瑕疵担保责任的规定,令让与人承担物的瑕疵担保责任;若让与的债权存在着第三人主张的情形,则应类推适用《合同法》第150条及第151条关于权利瑕疵担保的规定,由让与人对受让人承担权利瑕疵担保责任,除非受让人在订立合同时知道或应当知道第三人对该债权享有权利。

(5)专属于让与人自身的从权利并不随之移转(《合同法》第 8

1条后段)

所谓专属于让与人自身的从权利不随债权让与而移转,如在保证合同约定专为债权人而

设定保证责任的情况下,

该保证责任便与原债权人不可分离,不随同主债权让与而移转于受让

人。再如,

商人之间所产生的留置权,

为担保其因营业关系而成立的债权,

也就是说,

留置权与

债权人而非同债权相结合,

由于债权让与并未消灭债权人与另一商人之间债的关系,所以债权

让与时,

留置权并不随同移转。

〔

2

7

〕

3.

从给付义务的履行

让与人应将债权证明文件全部交付与受让人,并告知受让人行使合同权利所必要的一切

情况。对此,

《合同法》虽未规定,

但根据诚实信用原则,

将债权证明文件全部交付与受让人,

属

于让与人的从给付义务;

告知受让人主张债权的必要情况,

为让与人的附随义务。

所谓债权证明文件,

包括债务人出具的借据、

票据、

合同书、

账簿等。所谓的应告知受让人

主张债权的必要情况,

一般指债务的履行期、履行地、履行方式,债务人的住所,债权担保的方

〔

2

2

〕具体分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 4

4

1页以下。

〔

2

3

〕具体分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 4

4

6页。

〔

2

4

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 6

8

4页;

郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),

陈荣隆

修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

3

9页。

〔

2

5

〕 参见 1

9

3

7年渝上字第 1

2

1

9号判例。

〔
2
6
〕史尚宽:
《债法总论》,
荣泰印书馆股份有限公司 1
9
7
8年版,
第 6
8
8页;
黄立:
《民法债编总论》,
中国政法大学出版社
2
0
0
2年版,
第 6
1
8页。
〔
2

7

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 6

8

4页;

黄立:

《民法债编总论》,

中国政法大学出版社

2

0

0

2年版,

第 6

1

8页。

6

7

1　合同法(第六版)

式,

以及债务人可能会主张的抗辩等。

〔

2

8

〕

再有,

让与人占有的债权担保物,

应全部移交受让人占有。

4.

让与人不负担保债务人支付能力的责任

中国台湾地区“民法”第 3

5

2条规定:

“债权之出卖人,

对于债务人之支付能力,

除契约另有

订定外,

不负担保责任。

”中国台湾地区“最高法院”认为:

“诉争甘薯之给付请求权,

既经上诉人

合意受让于前,

复由让与之被上诉人通知债务人某某于后,即生移转的效力,是上诉人提起请

求给付此项甘薯之诉,

仅得对于该债务人为之,

纵令该债务人因无支付能力延不履行,

而依‘民

法’第三百五十二条之规定,

除其让与契约另有订定外,被上诉人仍不负担保责任。

”〔29〕这有其

道理,

值得借鉴,

理由在于:

债权,

虽须债务人适当履行才可实现,但与债务人毕竟分属两个领

域,

让与的标的物是债权,

而非债务人及其支付能力;

何况债务人即使具有较强的支付能力,

背

信而拒不清偿,

也并非鲜见。

四、

债权让与对于债务人的效力

(一)概说

由于中国民法未采纳物权行为制度及其理论,

所谓债权让与对于债务人的效力,

当指债权

移转给受让人的结果与债务人之间的关系,或者说债权让与合同生效的结果对于债务人的效

力,

并非指准物权行为对于债务人的法律效力。

债权的自由转让必须在不损害债务人现存利益的前提下进行,债务人不应因债权的让与

而负担增加或丧失应有的权利。应该说,

对债务人的保护和促进债权的自由流转,

是债权让与

制度的一个问题的两个方面。所以债权让与对于债务人的效力,主要是从保护债务人利益的

角度出发而规定的,

具体涉及对债务人的债权让与通知,

及由此引起的权利义务。

(二)对债务人的债权让与通知

债权让与合同一经成立并生效,在让与人和受让人之间立即发生债权让与的效果。但由

于债权让与合同不具有公示性,

债务人可能不知道债权让与的事实,于是仍然有权向原债权人

履行合同债务;

如果允许债权让与合同自成立时对债务人也同时生效,那么,债务人因不知债

权让与的事实而为给付则不发生清偿的效果,同时对新债权人(受让人)负有债务不履行的责

任,

这显然不公平。比较好的解决这个问题的方法是采取折中主义,

即让与通知原则。它一方

面考虑到了债务人的利益,

要求债权人或受让人在债权让与达成合意后及时地通知债务人,避

免债务人因不知情而受到损失;

另一方面,它充分尊重了债权人处分其债权的自由,有利于鼓

励债权转让,

符合市场经济发展的需要。

〔

3

0

〕 正因如此,《合同法》采取了折中主义,于第 8

0条

第 1款规定:

“债权人转让权利的,

应当通知债务人。未经通知,

该转让对债务人不发生效力。

”

这突破了《民法通则》以债务人同意为生效要件的模式,

具有进步性。《合同法》实施后,

根据特

〔

2

8

〕 孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,第 7

8

8页;邱聪智:《新订民法债编通则》(下),中国人民

大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

2

5页;林诚二:《民法债编总论—

—

—体系化解说》,中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,第

4

9

8页。

〔

2

9

〕 中国台湾地区“最高法院”

1

9

5

4年台上字第 1

2

2号判例。转引自林诚二:《民法债编总论—

—

—体系化解说》,中国人

民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 4

9

8页。

〔

3

0

〕 王利明、

崔建远:

《合同法新论·总则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

6年版,

第 4

3

1~4

3

2页。

第十章　合同的转让

7

7

1

别法优先于普通法或新法优于旧法的原则,在合同债权转让问题上自应放弃债务人同意的原

则,

而采用让与通知主义。

这样,

在《合同法》上,

债务人在收到债权让与通知之后,

应承认受让人为债权人,

不得再向

原债权人(让与人)为清偿或其他免责行为,否则,不发生清偿的效果,免责行为也归于无效。

受让人对于债务人可以主张权利。当然,在当事人另外约定了债权移转的时间点或被转让的

债权为未来的债权的场合,

情况较为复杂,

下文将作具体分析。

所谓“未经通知,

该转让对债务人不发生效力”,就是在让与通知前,债务人对于原债权人

(让与人)的清偿、

免责行为,

或让与人对于债务人为免除或抵销,应当有效。

〔

3

1

〕受让人对于债

务人不得主张债权,

受让人请求债务人向其为清偿的,

债务人有权抗辩,

因而,

债务人对于受让

人得拒绝清偿,

受让人对于债务人的时效中断、实行担保权、申请破产等行为,也不能视为有

效。

〔

3

2

〕但是,在让与通知前,债务人对受让人的清偿及其他免责行为应视为有效,让与人对债

务人的抵销、

免除也应视为有效。

〔

3

3

〕受让人实施时效中断的行为若含有债权让与通知的意思,

则债权让与对于债务人发生效力。还有,

在让与通知前,

受让人对于债务人为抵销或免除的意

思表示,

其中含有让与通知的内容的,

债权让与对债务人发生效力。

〔

3

4

〕

债权让与通知,

法律性质为观念通知,通知人无须有效果意思,也不需要债务人承诺。观

念通知属于准法律行为,

〔

3

5

〕

可以准用《民法通则》关于意思表示及法律行为的有关规定,即通

知到达债务人处始生效力。

债权让与通知,

可以采取诉讼通知的形式,

但通常采取非诉的形式。让与债权的意思表示

自到达债务人及其继承人或其代理人时生效。

债权让与通知的相对人,

为债务人及其继承人或其代理人。债务人之所在不明且无代理

人的,

依日本判例应对不在者的财产管理人为通知。

〔

3

6

〕

连带债务,

对于债权人而言虽然视为同一债务,但就债务人方面观察,却是每位债务人各

自负担全部给付内容的独立债务。这样,债权人可以就其对于连带债务人一人的债权而单独

让与,

向该债务人为让与通知。如果以对于全体债务人的债权为让与,那么,应通知全体债务

人。只有这样,

债权让与的效力才会及于全体债务人。如果仅仅向其中一位债务人为让与通

知,

则债权让与只对该债务人发生效力。

〔

3

7

〕

债权让与通知的时间,

首先,

需要明确的是,

由让与通知属于观念通知的性质决定,

在债权

让与合同签订之前为让与通知的,

因尚无债权让与的事实,

故该让与通知不发生法律效力。其

次,

在债权让与合同签订之后为让与通知的,

如果被让与的是未来的债权,

那么,

让与通知自到

〔

3

1

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 6

9

1页。

〔

3

2

〕 [日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,第 2

9

5页;郑玉波:《民法

债编总论》(修订 2版),

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

4

2页。

〔

3

3

〕[日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 2

9

5页。

〔

3

4

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 6

9

1页。

〔

3

5

〕中华民国最高法院 1

9

3

9年上字第 1

2

8

4号判例;

中华民国最高法院 1

9

3

1年上字第 5

8号判例;

孙森焱:

《民法债编总

论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 7

8

9页;

邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

2

6页;

[日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 2

9

3页。

〔

3

6

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 6

9

0页。

〔

3

7

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 6

9

0页。

8

7

达债务人处时发生法律效力,

无须于其后债权现实地产生时再为让与通知。

〔

3

8

〕最后,在现存债

权作为标的物,

债权让与合同已经签订的情况下,

让与通知应于何时作出,

宜区别情况而定。

〔

3

9

〕

因为让与通知可以准用法律关于意思表示的规定,所以,让与通知存在《合同法》第 5

2条

规定的无效的原因时,

当然无效,

债权让与对债务人不发生效力。至于让与通知可否撤销,

《合

同法》规定,

债权人转让权利的通知不得撤销,

但经受让人同意的除外(第 8

0条第 2款)。

应当指出的是,

债权让与必须通知债务人的原则还存在一些例外情况,

主要表现为以下几

点:

(1)证券化债权让 与 不 以 通 知 债 务 人 为 要 件;(2)特 殊 债 权 的 移 转 必 须 办 理 登 记 手 续; (3)当事人之间特别约定债权不得让与的,

债权人欲让与债权,

应当征得债务人的同意。当然,

站在立法论的立场上,

在应收账款债权等让与场合,中国法若追随国际潮流,规定当事人关于

禁止债权转让的特约不影响债权移转于受让人的效力,那么,此处所谓征得债务人同意的要求

则不再必要。

关于何人为债权让与通知,

《合同法》第 8

0条第 1款规定,让与人(债权人)为债权让与的

通知人。这过于狭隘,

排除了受让人可以为让与通知的情形,构成一个法律漏洞,可以通过目

的性扩张予以填补,

应允许受让人作为让与通知的主体,从而有利于灵活地解决实际中的问

题。但从保护债务人履行安全的角度考虑,

受让人在为让与通知时,

必须举证证明自己已经取

得了债权,

如出示债权让与合同、

让与公证书等,

否则,

债务人可以拒绝履行。

最后应当指出的是,

《合同法》第 8

0条第 1款的规定似采严格让与通知主义,即债权人转

让权利的,

应当通知债务人,

否则,

对其不产生让与的效力。但是,

如果有证据证明该债务人已

经知晓了债权让与的事实,

仍向让与人履行债务的,这显然有违于诚实信用原则。于此情形, 不能免除其对受让人的债务。

〔

4

0

〕 当然,对此应由受让人负责举证。

(三)表见让与及其效力

当债权人将债权让与第三人的事项通知债务人后,

即使债权让与并未发生或该让与无效,

债务人基于对让与通知的信赖而向该第三人所为的履行仍然有效。此类虽无债权让与的事

实,

而债权让与通知仍然有效的现象,

学说称之为表见让与。

表见让与一般只有在债权人为让与通知行为时才能产生,

如果由受让人为让与通知,

则不

产生表见让与的效力。也就是说,

即使受让人已将债权让与通知了债务人,

而在债权未能让与

或让与无效的,

债务人也不能以其对抗受让人的事由对抗让与人。

〔

4

1

〕但受让人在为债权让与

通知行为时,

提出了债权已经归属于他的充分证据,足以表明债权已经发生了移转的,尽管实

际上并未让与,

但是在此情形下,

本书认为仍可构成表见让与。

再者,

让与人将债权让与的事实通知债务人,

倘若债权并未让与或其让与无效,

那么,债务

人因而主张受让人非债权人,

拒绝向其给付的,法律应予准许。只不过债务人若因认识错误,

将合法移转误认为无效,

则应负担风险。

〔

4

2

〕

〔

3

8

〕 史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 6

9

1页。

〔

3

9

〕 具体分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 4

5

5页以下。

〔

4

0

〕 参见《意大利民法典》第 1

2

6

4条。

〔

4

1

〕 郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

4

3页。

〔

4

2

〕 孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 7

9

1页。

第十章　合同的转让

9

7

1

(四)抗辩(权)的援用

1.

债务人对让与人所享有的抗辩(权),

大多可以向受让人主张。根据《合同法》第 8

2条的

规定,

在债务人接到债权转让通知时,债务人对让与人的抗辩,可以向受让人主张。这是因为

债权让与是债之主体的变更,并不改变债的内容,债的同一性不因债权让与而丧失。由此决

定,

债权原有的瑕疵,

不能不随同移转于受让人,

所以债务人可以用来对抗原债权人的事由,

自

然可以用来对抗新的债权人。该对抗受让人的抗辩(权)制度,

正是“债务人不能因债权让与而

受有不利益”原则的体现。债务人可以对抗让与人的事由,亦为对抗受让人的事由,兼指实体

法上的抗辩(权)和诉讼法上的抗辩(权)。

〔

4

3

〕

在受让人再将债权移转时,

债务人有权以其对抗受让人(I)甚至于受让人(II)的抗辩,对

抗再受让人(转得人)。

〔

4

4

〕

2.

债务人对于让与人所享有的某些抗辩(权),

有些不得向受让人主张。必须指出的是,

债

务人对于让与人的抗辩,

并非总能够对抗受让人,

存在着若干不得对抗的情形。

债务人所享有的对抗受让人的抗辩,

可以预先或在嗣后与受让人协商一致予以抛弃。

〔

4

5

〕

抗辩纯为对于让与人个人的事由的,

债务人不得以之对抗受让人。例如,

让与人和债务人

虽然约定他不请求债务人履行,

但债务人也不得以此约定对抗受让人。

〔

4

6

〕

(五)抵销的主张

根据《合同法》第 8

3条的规定,在债务人接到债权让与通知时,债务人对让与人享有债权

的,

债务人仍然可以依法向受让人主张抵销。这是因为在债权转让之前, 债务人既享有到期债

权,

可以同原债权人享有的债权相抵销,

若因债权的转让,

债务人丧失抵销的权利,

则对其明显

不公。同时,

抵销权是自债权适于抵销时发生的,在债权转让之前已经产生的抵销权,自不应

因债权的让与而消灭。

债务人对于受让人主张这种抵销,

得具备如下要件:(1)必须是债务人在收到让与通知时

对让与人享有债权,

该债权可以成立于让与合同成立之前,也可以发生于让与合同成立之后,但不得发生于让与通知到达债务人处之后;

(2)必须是债权的清偿期先于所让与的债权或同时

届至,

不得迟于所让与的债权的清偿期。

〔

4

7

〕

抵销,

在诉讼程序上,

需要以诉讼请求或仲裁请求的方式提出,

若为被告或被申请人主张,

则仅仅以抗辩的方式可能得不到支持,

需要以反诉或反请求的方式主张,才会得到审判庭或仲

裁庭的支持。

应当指出的是,

债务人并非在任何情况下都拥有抵销权。例如,

债务人于收到让与通知前

与让与人签订租赁合同,

取得租金债权,假如该债权的清偿期在被让与债权的清偿期之后,那

〔

4

3

〕具体分析,

参见孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,第 7

9

2页;邱聪智:《新订民法债编通则》

(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

2

7页;

林诚二:《民法债编总论—

—

—体系化解说》,中国人民大学出版社

2

0

0

3年版,

第 5

0

2页。

〔

4

4

〕 孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,第 7

9

2页;邱聪智:《新订民法债编通则》(下),中国人民

大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

2

7页;林诚二:《民法债编总论—

—

—体系化解说》,中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,第

5

0

2页。

〔

4

5

〕 史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 6

9

3页。

〔

4

6

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 6

9

4页。

〔

4

7

〕郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

4

5页。

0

8

1 合同法(第六版)

么,

债务人不得以该租金债权抵销受让人受让的债权。因为债务人取得对于让与人的债权的

清澄期迟于让与的债权的清偿期。

〔

4

8

〕

五、

债权让与对于第三人的效力

(一)债权的二重让与

债权的二重让与,

是指让与人和受让人(I)签订关于债权 A的让与合同(I),然后又同

受让人(II)签订关于债权 A的让与合同(II)的情形。其法律效果比较复杂,需要做类型化的

分析。

现存债权的二重让与,

必须符合下述条件:现存债权作为让与的标的物,当事人没有约定

债权于未来的某个时间点移转。

〔

4

9

〕

债权于未来移转情况下的二重让与、

未来债权的二重让与,

在要件和法律后果方面会有所

变换,

必须注意。

〔

5

0

〕

(二)有利害关系的第三人为清偿

在债务人自己为清偿时,

纵为表见让与,其清偿也有效力,债务人的债务消灭。在这种情

况下,

如果对债的履行有利害关系的第三人(如保证人)为清偿,那么,是否受同样的保护?中

国台湾地区“民法”及其理论持肯定态度。此外,
在债务人收到债权让与通知前,
上述第三人已
经向原债权人为清偿的,
其清偿有效,
因为此类第三人既就债的履行与债务人有同等的利害关
系,
则关于保护债务人的规定,
应当扩张解释适用于第三人。
〔
5
1
〕至于无利害关系的第三人为清
偿,
原则上不能受此等保护,
自不待言。
〔
5
2
〕
第三节　债 务 承 担
一、
债务承担概述
所谓债务承担,

是指债的关系不失其同一性,

债权人或债务人通过与第三人订立债务承担

合同,

将债务全部或部分地移转给第三人承担的现象。该第三人称为承担人。

债务承担合同成立并生效,

债务就发生转让的效果,

不需要履行行为。这是债务承担合同

与有体物买卖合同的明显不同点。

债务承担不同于物权变动,

这不仅是因为债务不同于物权,

而且是因为对于公示的要求不同。

〔

4

8

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 6

9

5页。

〔

4

9

〕具体分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 4

7

0页以下。

〔

5

0

〕关于债权于未来移转情况下的二重让与、

未来债权的二重让与的详细分析,

参见崔建远:

《债权:借鉴与发展》,中国

人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 1

3

2页以下。

〔

5

1

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 6

9

8页以下。

〔

5

2

〕郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),陈荣隆修订,中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,第 4

4

7页;孙森焱:《民法债编

总论》,

三民书局 1

9

9

7年版,

第 7

1

2页。

第十章　合同的转让

1

8

1

物权变动必须通过移转占有、

登记等公示形式对外表现出来。

〔

5

3

〕 至于债务承担,除非法律、行政

法规规定转让债务应当办理批准、

登记手续,

无须采用特别的公示方式(《合同法》第 8

7条)。

债务承担、

债务承担合同、

产生债务的合同是不同的范畴,需要辨明。所谓产生债务的合

同,

顾名思义,

就是使被转让的债务得以产生的合同,系为债务承担合同提供标的物的合同。

所谓债务承担合同,

德国民法、

中国台湾地区“民法”时常称之为基础行为或原因行为,是指债

务人或债权人和承担人签订的将债务转让给承担人的合同。它可以由债务人和承担人协商签

订,

也可以由债权人和承担人协商订立,

甚至可以由承担人和债权人及债务人三方协商共同签

订。

〔

5

4

〕 所谓债务承担,就是债务由债务人处移转到承担人之手的过程,德国民法、中国台湾地

区的“民法”称之为准物权行为,

在不承认物权行为制度及其理论的法制中,其为一事实行为;

同时,

也是债务归承担人承受的结果。举例来说,甲出卖给乙一袋大米,甲与丙订立债务承担

合同,

由丙承受交付一袋大米的债务。于此场合,丙取得债务叫做债务承担,甲和丙之间订立

的合同为债务承担合同(基础行为 /

原因行为),甲和乙之间的买卖合同关系,是产生债务的合

同。

债务承担作为一种事实行为,

一种结果,

考虑其原因及其行为的场合较少。如果要考虑其

原因行为,

那么该原因行为是债务承担合同(基础行为 /

原因行为),而非产生债务的合同。

〔

5

5

〕

在中国,

所谓有因或无因,

通常指的是债务承担合同的有因或无因。既然如此,债务承担及债

务承担合同(基础行为)是否采取无因性原则呢?在中国法上应该区分情况而定: (1)债务承担

合同(基础行为 /

原因行为)在存在《合同法》第 5

2条、《民法通则》第 5

8条规定的原因时,无

效。因中国民法未承认物权行为制度,故不发生债务承担的效果。也就是说,在这些情况下, 债务承担合同(基础行为 /

原因行为)是有因的。如果联系债务承担来分析,也可以说它有因。

并且,

因为中国现行法上的无效是绝对的无效,

法律对于存在无效原因的合同绝不允许其发生

法律效力,

所以,

如果当事人以其意思排除上述原因,

该排除的意思表示无效。(2)在债务承担

合同(基础行为/

原因行为)存在《合同法》第 5

4条、

《民法通则》第 5

9条规定的原因时,

如果撤

销权人行使撤销权,

同样因为中国民法未承认物权行为制度,

故不发生债务承担的效果。也就

是说,

在这些情况下,

债务承担合同(基础行为/

原因行为)仍然是有因的,

也可以说债务承担是

有因的。撤销权人不行使撤销权,

合同继续有效,

发生债务承担的效果。但这不是债务承担合

同(基础行为 /

原因行为)、

债务承担本身无因的例证,相反,可以将其解释为是债务承担合同、

债务承担本身有因的表现。债务承担合同存在着可撤销的原因,

双方当事人达成协议,

排除撤

销权的行使,

按照合同自由原则,应当允许。可以将这种现象解释为撤销权人不行使其撤销

权。为防止当事人一方欺诈、

胁迫或乘人之危,又利用约定无因性阻却撤销权的行使,法律不

应允许当事人事先作出的下述约定:

在债务承担合同(基础行为 /

原因行为)存在撤销原因的

场合,债务承担具有无因性。(3)在其他情况下,当事人可以约定债务承担具有无因性,即债

务承担的效力不受债务承担合同(基础行为 /

原因行为)不成立、被解除等因素的影响。当事

人无此类约定,债务承担为有因。采取这一解释原则,是由中国民法总体上采取有因原则所

〔

5

3

〕[德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国民法总论》,

邵建东译,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 1

6

9页。

〔

5

4

〕 郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

4

7页。

〔

5

5

〕 关于债务承担与其原因行为的辨析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,第 4

8

1页

以下。



决定的。

二、

免责的债务承担

(一)免责的债务承担的界定

债务承担,

按照承担后原债务人是否免负责任,

可以分为免责的债务承担和并存的债务承

担。其中,

免责的债务承担,

是指第三人取代原债务人的地位而承担全部债务,债务人脱离狭

义债的关系的债务承担方式。并存的债务承担,

将在下文讨论。

(二)免责的债务承担的条件

1.

承担人和债务人签订债务承担合同

债务人和承担人签订债务承担合同,

从意思自治的角度看,

债务人和承担人的意思表示一

致,

债务承担合同即成立,

债权人的同意只是债务承担合同的生效要件。在债权人同意之前, 债务承担合同处于效力未定的状态。

(1)须存在有效的债务。存在着有效的债务是债务承担合同具有标的物的表现, 在债务承

担合同订立时,

如果作为标的物的债务因违反强行性规定而无效,

那么,

债务承担合同无效;

如

果债务根本就不存在,

并且对于任何人均为如此,

则意味着债务承担合同没有标的物,

那么,

债

务承担合同同样不成立(无效);

如果该债务对于其他人而言还存在,

那么,

准用《合同法》第 5

1

条的规定,

合同的效力待定。不过,

若依据法释[2

0

0

9]5号第 1

5条和法释[2

0

1

2]8号第 3条的

规定处理,

则债务承担合同的效力不因此而受影响。

就将来发生的债务也可以设立债务承担,

只不过只有在该债务成立时,

才能发生转移的效

果。诉讼中的债务也可以由第三人承担,

在诉讼中对原债务人的判决,

对免责的债务承担人有

效。

(2)被移转的债务应具有可移转性。不具有可移转性的债务,

若成为债务承担合同的标的

物,

则合同的效力必受影响,

要么无效,

要么效力待定。为保障债务承担合同有效,

法律要求债

务应具有可移转性。性质上不可移转的债务、

当事人特别约定不得移转的债务、

强制性规定禁

止移转的债务都 不 具 有 可 移 转 性,都 会 影 响 债 务 承 担 合 同 的 效 力,只 是 影 响 的 程 度 不 尽 相

同。

〔

5

6

〕

(3)须承担人和债务人协商一致。债务承担要求承担人就债务承担与债务人意思表示一

致。该意思表示一致就是一个合同,

名为债务承担合同,

其订立及效力应适用《合同法》总则关

于合同订立的规定和《民法通则》关于意思表示及法律行为的规定。

(4)须经债权人同意。债权人同意,

必定是债务承担合同对于债权人生效的要件。其原因

在于,

债的关系建立在债权人对债务人的履行能力了解和信任的基础上,债务人的支付能力, 对于债权人权利的实现至关重要。如果债务人未经债权人同意而将债务移转给承担人, 那么,

在该人无足够的资力和信用履行债务时,债权人的利益可能会遭受损失。为了保护债权人的

利益不受债务人和承担人之间的债务承担合同的影响,应以债权人同意为债务承担合同作为

〔

5

6

〕具体分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 4

8

3页。



对债权人的生效要件(《合同法》第 8

4条)。

〔

5

7

]

关于债权人同意的方式,

明示或默示均可,

不要求必须采取一定的方式。债权人即使未明

确表示,

但如果其向承担人请求履行或受领承担人的履行的,

那么亦表明其同意。在债权人同

意之前,

承担人与债务人的债务承担合同属于效力未定的法律行为,债务人或承担人为了避免

债务承担合同的效力久悬不决,

可以设定一定的期限催告债权人于此期限内对同意与否进行

答复;

债权人逾期不答复的,

即可推定其拒绝同意。

(5)债务承担合同的形式。债务承担合同为不要式合同,无论书面形式还是口头形式,均

无不可,

但双方当事人的意思表示须为明示。不过,

根据《合同法》第 8

7条的规定,

债务人转移

合同义务,

法律、

行政法规规定应当办理批准、

登记等手续的,

自办理上述手续后才可生效。当

事人之间约定须履行特定形式的,

如公证,

也需依法办理才能生效。

2.

承担人和债权人签订债务承担合同

承担人和债权人签订债务承担合同转让债务的,

也得以存在着有效的债务、

债务有让与性

等要件,

这些在上文“承担人和债务人之间签订债务承担合同”部分已经讨论过了,此处不再赘

述。

《合同法》第 8

4条规定:

“债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的,

应当经债权

人同意。

”按该条的字面意思理解,

似乎只有债务人才有权移转债务,

其未赋予债权人对债务进

行移转的权利。不过,

由于债务是为了债权人的利益而设的,在债务的移转问题上,债权人拥

有比债务人更为优越的地位,根据“举重明轻”的解释规则,应当认为既然债务人可以移转债

务,

那么债权人当然也可以移转债务。所以,

第三人(承担人)完全可以通过与债权人订立债务

承担合同进行债务的移转。

承担人和债权人订立的债务承担合同,

自双方达成合意时成立。该合同的订立应按《合同

法》第二章关于合同的订立的规则进行,

同时适用《民法通则》关于法律行为及意思表示的规定。

承担人和债权人订立债务承担合同,

是否需要取得债务人的同意。在一般情况下,

承担人

代债务人履行债务,

对债务人并无不利,

债务人一般不会反对,

即使债务人反对,

而承担人自愿

代其履行,

债权人又愿意接受承担人的履行的,自无使债务承担合同归于无效的必要,所以承

担人和债权人订立的债务承担合同,

不必经债务人同意即可生效。

〔

5

8

〕

虽然承担人和债权人订立债务承担合同一般不必经债务人同意即可成立,但应通知债务

人,

以免债务人再向债权人清偿,从而增加成本。在未通知债务人的情况下,债务转移只在债

权人和承担人之间生效,

对债务人不生效力,

不过,

在通知之前,

债务人向债权人所为的履行有

效。

(三)债务承担合同的效力

1.

承担人成为债务人

免责的债务承担合同一经生效,

承担人就取代原债务人,成为新债务人;原债务人脱离狭

〔

5

7

〕 关于债权人同意是债务承担合同的生效要件还是对于债权人的生效要件, 各学说见解不同。详细分析,参见崔建

远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 4

8

4页以下。

〔

5

8

〕 张广兴:

《债法总论》,

法律出版社 1

9

9

7年版,

第 2

4

4页;

[德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国债法总论》,

杜景林、

卢谌译,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 5

6

6页。

4

8



义债的关系,

由承担人直接向债权人承担债务,嗣后承担人不履行债务的,应当承担债务不履

行的责任,

原债务人不再承担责任。原债务人对承担人的偿还能力并不负担保义务。

2.

承担人的抗辩(权)

(1)承担人可援用债务人对于债权人的抗辩(权)。承担人既因承担债务而为债务人, 则原

债务人基于原债的关系对于债权人的抗辩(权),承担人均可继续援用。对此,《合同法》第 8

5

条明确规定,

债务人转移义务的,

新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。此处所谓的抗

辩(权),

包括债务成立的抗辩(如债的关系无效)、债务存续的抗辩(如同时履行抗辩权)和诉

讼时效完成的抗辩。

〔

5

9

〕 不过,若债务人已经抛弃抗辩(权),则承担人无从行使。〔60〕

因为债务人所可对抗债权人的事由,承担人亦可以之对抗债权人,所以,关于承担债务的

诉讼时效,

亦应以原债务的诉讼时效为计算标准。

〔

6

1

〕 其后债务人实行清偿的,承担人也免负责

任。

〔

6

2

〕

(2)承担人所可援用的抗辩,

仅以原债的关系为限,

而且不得与属于债务人的债权为抵销。

其原因在于,

原债务人既因承担人的债务承担而脱离债的关系,如允许承担人以属于债务人的

债权与债权人享有的债权为抵销,

则无异于承认承担人可处分债务人的权利。

〔

6

3

〕

解除权、

撤销权等形成权,

与合同当事人的地位紧密相连,

仅合同当事人始得行使,

在单纯

的债权让与、

债务承担的场合,

并不随同移转,

须于债务人行使解除权或撤销权后,

合同因此归

于消灭,

承担人始得援用其抗辩事由而拒绝给付。

〔

6

4

〕 因为解除权、撤销权与合同当事人的地位

紧密相连,

涉及对价关系,且在双务合同场合,虽有债务承担,但债务人仍可能为对价的债权

人,

故其不宜随债务的移转而移转,

何况承担人并非原合同的当事人。

〔

6

5

〕

3.

从属于原本债务的义务的移转

《合同法》第 8

6条前段规定,债务人转移义务的,新债务人应当承担与主债务有关的从债务。这是因为从属于原本债务的义务原属全部债务的组成部分,

如与其原本债务割裂,

则损及

债务的同一性,

故原则上债务的从属义务应随原本债务的移转而移转。

所谓从属于原本债务的义务,

包括利息债务、违约金债务等。利息债务,若属原本债务的

利息债务,

则应随原本债务的移转而移转于承担人;但若属迟延的利息债务,即已届清偿期而

〔

5

9

〕 孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 8

0

8页;

邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学

出版社 2

0

0

4年版,

第 4

3

3页;

林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版，

第 5

0

9页。

〔

6

0

〕 孙森焱：

《民法债编总论》(下册)，

法律出版社 2

0

0

6年版，

第 8

0

8页。

〔

6

1

〕 中国台湾地区“最高法院”

1

9

7

8年 3月 1

4日“民庭庭推总会”决定:

“债务之承担债务人虽有变更,而其债务仍为同

一之债务,

并非成立新债务,

原债务之性质及内容均不变更,且参照‘民法’第三百零三条第一项上段规定,债务人

所得对抗债权人之事由,

承担人亦得以之对抗债权人,

则关于承担之债务之消灭时效,自应自该债务原来请求权可

得行使时起算。

”转引自邱聪智:

《新订民法债编通则》(下),

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

3

3页;

林诚二:

《民

法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 5

0

9页。

〔

6

2

〕 中国台湾地区“最高法院”

1

9

5

9年台上字第 1

9

9号判例;邱聪智:《新订民法债编通则》(下),中国人民大学出版社

2

0

0

4年版,

第 4

3

3页,

注 4。

〔63〕孙森焱:《民法债编总论》(下册),法律出版社2006年版,第808~809页;邱聪智:《新订民法债编通则》(下),中国人民大学出版社2004年版,第433页;林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 5

1

0页。

〔

6

4

〕 孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 8

0

8页。

〔

6

5

〕林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 5

0

9~5

1

0页。



未支付所产生的利息债务,

则因其已与原本债务分离而具有独立性,而非从属于原本债务的债

务,

故承担债务者并不当然承担此项债务。

〔

6

6

〕关于违约金债务,债务人的债务移转于承担人

时,

倘若尚未发生违约行为,

违约金债务尚未发生,

关于违约金的约定,

则不因债务承担而受影

响。在承担人承担债务以后,

发生违约的,承担人自应负担,债权人有权请求承担人依约支付

违约金。反之,

如在承担人承担债务以前,

违约行为已经发生,

违约金债务已经存在,

则因其具

有独立性,

是否由承担人一并承担债务,应当探求当事人的真意后确定。具体来说,违约金债

务属于损害赔偿额的约定的,

只有在债务承担合同明确约定由承担人负担时,才随同原本债务

的移转而移转给承担人;

若约定债务人不于适当时期或不依适当方法履行债务时应支付违约

金,

承担人在承担原本债务时,

则不当然承担该笔违约金债务。

〔

6

7

〕

从属于原本债务的义务原则上移转于承担人,

不过尚有例外:

(1)《合同法》第 8

6条后段规

定,

从债务专属于原债务人自身的,

不随同原本债务而移转。(2)第三人就债权所提供保证、

抵

押权或质权等担保,

系因对债务人的资力、信用、相互协助或情谊,具有个别的信赖关系,倘若

债务由另一第三人承担,

则提供担保的第三人对于该承担人未必具有相同的信赖关系,自不得

强制提供担保的第三人继续为承担人提供信用而负担保义务。

〔

6

8

〕

三、

并存的债务承担

并存的债务承担,

又称附加的债务承担,或重叠的债务承担,是指第三人(承担人)加入债

的关系之中,

与原债务人一起向债权人承担同一债务的情形。

并存的债务承担,

有的依据法律的直接规定而成立,不论当事人的真意如何,简称为法定

的并存的债务承担;

有的由当事人约定产生,

简称为约定的并存的债务承担。法定的并存的债

务承担,

其成立要件和法律效果均由法律直接规定,

此处不赘述。以下仅讨论约定的并存的债

务承担,

径称为并存的债务承担。

(一)并存的债务承担合同的条件

1.

须债务系有效的债务。并存的债务承担,需要该债务有效,与免责的债务承担中一样, 上文已经讨论过,

此处不再赘述。

2.

债务具有移转性。并存的债务承担若对承担人发生效力,

则可能会由他向债权人清偿,

因而要求债务具有移转性,

否则,承担人无法向债权人清偿原本属于债务人的债务。对此,免

责的债务承担中同样讨论过,

此处不再赘述。

3.

当事人就并存的债务承担达成合意。包括三种情形:

(1)承担人和债权人就并存的债务

承担达成合意;

(2)承担人和债务人就并存的债务承担达成合意;(3)承担人、债权人和债务人

三方共同形成并存的债务承担的合意。

〔

6

9

〕

(二)并存的债务承担合同的效力

1.

并存的债务承担合同成立之时,

也就是生效之日,

除非当事人另有约定。

〔

6

6

〕 孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 8

1

0页。

〔

6

7

〕孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 8

1

0页。

〔

6

8

〕孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 8

1

1页。

〔

6

9

〕具体分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 4

9

5页以下。

6

8

1　合同法(第六版)

2.

并存的债务承担合同若由承担人和债权人签订,

则其目的是担保原债务人的债务,承担

人负担原债务同一内容的债务,自然以债务人的存在为要件。倘若原债务经撤销或解除而归

于消灭,

那么承担合同也溯及既往地终止。由此看来,

并存的债务承担合同可被认为是有因合

同。

〔

7

0

〕

3.

承担人承担的债务以承担时的原债务为限度,

不得超过原债务。其原因在于,承担债务

的目的无非是担保原债务,

倘若承担债务重于原债务,那么就不是并存的债务承担。当然,不

妨碍就原债务的一部分而为承担。

4.

并存的债务承担合同生效,第三人(承担人)加入到债的关系中来,成为另一债务人,与

原债务人一起向债权人负担债务。

〔

7

1

〕

5.

承担人对于债权人的抗辩权。并存的债务承担人对于债权人的抗辩事由,应类推适用

免责的债务承担的规定。

〔

7

2

〕

6.

当事人就债权所为的担保,

无论是人的担保还是物的担保,

因原债务人于并存的债务承

担合同成立后并未脱离债的关系,皆不受影响,故债权人于并存的债务承担后,仍可对于保证

人或物上保证人行使担保权。但是,这仅仅对原债务人继续有效,对于承担人而言,则非经当

事人承认,

对承担人的债务不发生担保的效力。

〔

7

3

〕

第四节　合同权利义务的概括移转

一、

概述

所谓合同权利义务的概括移转,

也叫合同权利义务的一并转让,

是指原合同当事人一方将

其合同权利义务一并移转给第三人,

由该第三人概括地继受这些权利义务的法律现象。

合同权利义务的概括移转,

可以是基于法律的规定而产生的,

被称为法定概括移转(《合同

法》第 9

0条)。也可以是基于当事人之间的法律行为而产生的,被称为意定概括移转(《合同

法》第 8

8条)。

合同权利义务的概括移转,可以是合同权利义务全部由出让人移转至承受人,即全部移

转。全部移转将使承受人取代出让人的法律地位,成为合同关系的新当事人。也可以是合同

权利义务的一部分由出让人移转至承受人,即部分移转。部分移转时出让人和承受人应确定

各自享有的债权和承担的债务的份额和性质,如果没有约定或约定不明确的,则视为连带之

债。

〔

7

0

〕孙森焱:

《民法债编总论》(下册),

法律出版社 2

0

0

6年版,第 8

1

6页;邱聪智:《新订民法债编通则》(下),中国人民

大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

3

5页;林诚二:《民法债编总论—

—

—体系化解说》,中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,第

5

1

4页。

〔

7

1

〕具体分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版，

第 4

9

8页以下。

〔

7

2

〕 具体分析，

参见孙森焱：

《民法债编总论》(下册)，

法律出版社 2

0

0

6年版，

第 8

1

7页。

〔

7

3

〕 林诚二：

《民法债编总论—

—

—体系化解说》，

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 5

1

5页。



二、

合同权利义务的概括移转的种类

(一)合同承受

合同承受,

又称合同承担,

是指合同关系一方当事人将其合同上的权利和义务全部地移转

给第三人,

由该第三人在移转范围内承受自己在合同上的地位,享受合同权利并负担合同义

务。

合同承受一般是基于当事人与第三人之间的合同而发生的。《合同法》第 8

8条对此作了

规定,

当事人一方经对方同意,

将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。合同承受有

时也可以基于法律的直接规定而发生。例如,《合同法》第 2

2

9条规定:“租赁物在租赁期间发

生所有权变动的,

不影响租赁合同的效力”。据此可知,

当买卖租赁物时,

基于“买卖不破租赁”

的原则,

买受人除可取得物的所有权外,

还承受该租赁物上原已存在的租赁合同关系中的出租

人的法律地位。此种合同权利义务的概括移转并非基于当事人的意志,而是基于法律的直接

规定,

因而属于法定移转。

根据《合同法》第 8

8条的规定,

合同承受必须经对方当事人的同意才能生效。因为合同承

受不仅包括合同权利的移转,

还包括合同义务的移转,所以当事人一方通过合同承受对合同权

利和义务进行概括移转的,

必须取得对方的同意。

(二)企业的合并与分立

企业合并,

是指两个或两个以上的企业合并为一个企业。企业分立则是指一个企业分立

为两个及两个以上的企业。为了保证相对人和合并、分立企业的利益,根据主体的承继性原

则,

企业合并或分立之前的合同债权和债务应由合并或分立后的企业承担。对此,

《民法通则》

第 4

4条第 2款明确规定:“企业法人分立、合并,它的权利和义务由变更后的法人享有和承

担。

”《合同法》坚持了这一立场,

于其第 9

0条规定:“当事人订立合同后合并的,由合并后的法

人或者其他组织行使合同权利,

履行合同义务。当事人订立合同后分立的,

除债权人和债务人

另有约定的以外,

由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权,承担连带债

务。

”

企业合并或分立后,

原企业的债权债务的移转,属于法定移转,因而不须取得相对人的同

意,

依合并或分立后企业的通知或公告发生效力。通知的方式可以是单独通

知, 也可以是公告

通知。公告通知的,

应当保证在一般情形下能为相对人所知悉。通知到达相对人或公告期满

时,

原债权债务即移转于合并或者分立的新企业,该企业成为合同关系的当事人,享有一切债

权,

承担一切债务。

三、

合同权利义务概括移转的效力

合同权利义务的概括移转既包括合同权利的转让,也包括合同义务的移转,因而根据《合

同法》第 8

9条的规定,

涉及合同权利转让的部分可准用有关债权让与的有关规定,

涉及合同义

务移转的则准用债务承担的有关规定。债权让与和债务承担产生的法律效力,如从权利或从

债务的一并移转,

抗辩权的随之移转等,

也同样适用于合同的概括转让。

因为债权让与或债务承担,

只是单纯的合同权利的转让或合同义务的移转,

所以使第三人

成为新的债权人或债务人。由于第三人作为债权的受让人或债务的承担人,并非原合同的当

事人,

与原债权人或原债务人的利益不可分离的权利,

并不随之移转于受让人或承担人。但在

合同的概括转让中,

因为合同权利和义务的承受人完全取代了原当事人的法律地位,合同的内

容也原封不动地移转于新当事人,

所以,

与债权让与、

债务承担有所不同,

依附于原当事人的一

切权利和义务,

包括追认权、

选择权、

解除权、

撤销权等,

都将随之而移转于承受人。

四、

合同权利义务的转让与仲裁条款的拘束力

《仲裁法》第 1

9条第 1款规定:

“仲裁协议独立存在,合同的变更、解除、终止或者无效,不

影响仲裁协议的效力。

”

第十一章　合同的解除

第一节　合同的解除概述

一、

合同解除的界定

合同解除,

是指在合同成立以后,

当解除的条件具备时,

因当事人一方或双方的意思表示,

使合同关系自始或仅向将来消灭的行为,

它也是一种法律制度。

在适用情事变更原则时,

合同解除则指履行合同实在困难,若履行则显失公平,法院判决

或仲裁机构裁决合同消灭的情形。这种解除与一般意义上的解除相比,有一个重要的特点,

就

是它是法院或仲裁机构直接基于情事变更原则加以认定,而不是通过当事人的解除行为。本

章所论的合同解除不包括此种解除,

除非有特别说明。

二、

合同解除的性质

(一)合同解除大多以有效成立的合同为标的

1.

以有效成立的合同为标的,

是合同解除区别于合同无效、合同撤销、要约或承诺的撤回

诸制度的重要之处。合同法设置解除制度的目的,是解决如下矛盾:合同有效成立之后,由于

主客观情况的变化,

合同的履行成为不必要或不可能,如果再让合同继续发生法律效力,约束

当事人双方,

则不但对其中一方甚至双方有害无益,而且有时会阻碍市场经济的顺利发展;只

有允许有关当事人解除合同,

或赋予法院适用情事变更原则的权力,

才会使局面改观。由此可

见,

合同的解除制度是要解决有效成立的合同提前消灭的问题。这是它同无效、履行、撤回诸

制度的不同之处,

与可撤销也有区别。

2.

已经成立但未生效的合同可以作为解除的对象。合同已经成立了, 但尚未生效,在此期

间,

一方当事人实施了严重的不法行为,

致使对方当事人若继续固守该合同,

等待其生效,

就会

遭受重大损失。在这种情况下,

该对方当事人主张解除该合同,

应予支持。

〔1〕法释[2

0

1

0]9号

已经采纳了已经成立但未生效的合同可以解除的观点(第 5、

6、

8条)。

〔2〕

3.

有些合同原则上不得解除,

有些合同在特殊的情况下或在特定的阶段不得被解除。例

如,

适用《合同法》第 4

0

3条的规定,

代理人履行信息披露义务、

第三人行使选择权、

委托人行使

〔1〕具体分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 5

3

4页以下。

〔2〕 关于法释[

2

0

1

0]9号第 5、

6、

8条的规定是否适用于主给付义务违反场合、可否基于《合同法》第 9

4条第 2~5项的

规定解除尚未生效的合同、

尚未生效的合同可否有部分生效的情形,

参见崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民

大学出版社 2

0

1

2年版,

第 5

2

4~5

2

5页。

0

9



介入权的合同,

一经生效,

便发生效力,

不得解除;即使当事人硬性“解除”,也不影响已经披露

信息和选择权、

介入权行使所形成的法律结果。又如,

《保险法》规定,

保险合同成立后,

保险人

不得解除保险合同,

除非保险法另有规定或保险合同另有约定(第 1

5条)。货物运输保险合同

和运输工具航程保险合同,

在保险责任开始后,

合同当事人不得解除合同(第 5

0条)。《机动车

交通事故责任强制保险条例》规定,保险公司不得解除机动车交通事故责任强制保险合同;但

是,

投保人对重要事项未履行如实告知义务的除外(第 1

4条第 1款)。投保人不得解除机动车

交通事故责任强制保险合同,但在被保险机动车被依法注销登记的、被保险机动车办理停驶

的、

被保险机动车经公安机关证实丢失的情况下除外(第 1

6条)。

(二)合同解除必须具备解除的条件

1.

具备法定的或约定的条件

合同解除以具备法定的或约定的条件为必要。合同一经有效成立, 就具有法律效力,当事

人双方都必须严格遵守,适当履行,不得擅自变更或解除。这是中国法律所规定的重要原则

(《合同法》第 8条第 1款)。只是在主客观情况发生变化使合同履行成为不必要或不可能的情

况下,

合同继续存在已经失去积极意义,并将造成不适当的结果时,才允许解除合同。这不仅

是解除制度存在的依据,

也表明合同解除必须具备一定的条件,

否则,

便是违约,

不发生解除的

法律效果,

而产生违约责任。当然,

委托等继续性合同的任意解除则另当别论。中国法律对合

同解除的条件作了比较详尽的规定,

明确了对合同解除的允许和限制。《合同法》第 9

3条第 1

款和第 9

4条规定了适用于一切合同的解除条件,

学说称为一般法定解除条件。该法第 1

6

4条

至第 1

6

7条、

第 2

1

9条等规定了仅适用于特别合同(如买卖、租赁等合同)的解除条件,学说称

为特别的法定解除条件。

2.

违反从给付义务与合同解除

合同解除的条件中,

有些是违约行为,即违反合同义务的行为。众所周知,合同义务分为

主给付义务、

从给付义务和附随义务等类型。违反主给付义务且达到一定程度,

《合同法》第 9

4

条等条文明确规定,

可以解除合同,这毫无疑问。需要讨论的是,违反从给付义务是否允许解

除合同。本书认为,

违反从给付义务致使合同目的落空,或使权利人遭受严重损失的,可以解

除合同。这已经得到了法释[2

0

1

2]8号第 2

5条的承认。

3.

违反附随义务与合同解除

通说认为,

违反附随义务,

原则上不得解除合同,只能请求损害赔偿。不过,有学者主张,

附随义务若已成为了合同的要素,

不履行会导致合同目的不能达到的,可例外地允许解除权的

发生。现行法已经在若干情形下承认了附随义务的违反可以导致合同的解除。例如,《保险

法》规定,

投保人故意隐瞒事实,

不履行如实告知义务的,或因重大过失未履行如实告知义务,

足以影响保险人决定是否同意承保或提高保险费率的,

保险人有权解除保险合同(第 1

6条第 2

款)。被保险人或受益人在未发生保险事故的情况下,谎称发生了保险事故,向保险人提出赔

偿或给付保险金的请求的,

保险人有权解除保险合同,

并不退还保险费(第 2

7条第 1款)。

(三)合同解除原则上必须有解除行为

解除的条件只是合同解除的前提,

由于现行法并未采取当然解除主义,

当解除的条件具备

时,

合同并不必然解除,

欲使它解除,

一般还需要解除行为。解除行为是当事人的行为,

当事人

是解除行为的主体。虽然上级主管部门的行政命令对于合同的解除有时会起重要的作用,但



是该行政命令并不是解除行为,

仅有行政命令不能发生合同解除的效果,只有行政命令被当事

人所接受时,

才会发生解除的效果。这也正说明解除行为是当事人的行为。不过, 适用情事变

更原则时的解除,

是由法院或仲裁机构根据具体情况而裁决的,

不需要解除行为。

解除行为有两种类型:一是当事人双方协商同意;二是解除权人一方发出解除的意思表

示。

(四)解除的效果是使合同关系消灭

合同解除的法律效果是使合同关系消灭,

有的是溯及既往地消灭,

有的是仅向将来发生解

除的效力。因此,

解除就与无效、撤销不同。因为无效、撤销一律有溯及力。它也与附解除条

件不同,

因为所附的解除条件成就,

附解除条件的民事法律行为只向将来消灭。

三、

合同解除的类型

合同解除的情况比较复杂,

所需条件、

所经程序和所生效力不尽一致。为了便于掌握和研

究,

有必要将合同解除类型化。

(一)单方解除与协议解除

单方解除,

是解除权人行使解除权将合同解除的行为。它不必经过相对人的同意,只要解

除权人将解除合同的意思表示直接通知对方,

或经过人民法院或仲裁机构向对方主张,即可发

生合同解除的效果。在德国等国家或地区的民法上,

合同解除就是指的单方解除,

以一方违约

为解除权产生的原因。在中国法律上,合同解除不仅包括单方解除,也包括协议解除,并且单

方解除的条件也不以一方违约为限。

协议解除,

是当事人双方通过协商同意将合同解除的行为。它不以解除权的存在为必要, 解除行为也不是解除权的行使。协议解除在大陆法系称为合意解除、

解除契约或反对契约,

是

无解除权的当事人双方的合意,以第二契约解除第一契约,使第一契约的效力溯及既往地消

灭。中国现行法把协议解除作为合同解除的一种类型加以规定,它既具有与一般解除相同的

属性,

也有其自身的特点,

如解除的条件为双方当事人协商同意,

并不因此违背公序良俗,

解除

行为是当事人的合意行为等。

(二)法定解除与约定解除

合同解除的条件由法律直接加以规定者,

其解除为法定解除。在法定解除中,

有的以适用

于所有合同的条件为解除条件,有的则仅以适用于特定合同的条件为解除条件。前者叫一般

法定解除,

后者称为特别法定解除。中国法律普遍承认法定解除,

不但有关于一般法定解除的

规定,

而且有关于特别法定解除的规定。

约定解除,

是当事人以合同形式,

约定为一方或双方保留解除权的解除(《合同法》第 9

3条

第 2款)。其中,

保留解除权的合意,

称为解约条款。解除权可以保留给当事人一方,也可以保

留给当事人双方。保留解除权,

可以在当事人订立合同时约定,

也可以在以后另订立保留解除

权的合同。

〔3〕

〔3〕 关于约定解除是否排斥法定解除的分析,

参见崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,第

5

7

7页以下。

2

9



(三)任意解除与非任意解除

任意解除,

在现行法上存在着若干类型:

(1)在继续性合同场合,

任意解除是指当事人任何

一方都可以双方的信任基础已经丧失为由而行使解除权的解除。《合同法》第 4

1

0条前段规定

的"委托人或者受托人可以随时解除委托合同",

属于此类。(2)承揽工作项目是为定作人的利

益而进行的,

甚至有的仅仅对定作人有意义,

如果情事变更等原因使承揽工作变得对定作人已

经没有意义、

没有必要时,

却仍要定作人忍受承揽人继续完成工作的结果,那么显然是不合理

的。在此类情况下,允许定作人解除合同,同时应充分赔偿承揽人的损失,这样规定是适当

的。

〔4〕《合同法》承认了这种解除(第 2

6

8条)。(3)此外,对于某些合同,基于特别的立法政

策,

法律赋予了特定当事人任意解除权。例如,《保险法》第 1

5条规定:“除本法另有规定或者

保险合同另有约定外,

保险合同成立后,

投保人可以解除保险合同”。

与此不同,

在多数情况下,

单纯的信任基础丧失尚不足以产生解除权,法律也未基于其他

的特殊理由赋予特定当事人任意解除权,

当事人若想解除合同,就必须具备约定的或法律特别

规定的解除条件,

诸如一方当事人有违约行为并达到相当的程度,不可抗力等客观原因致使不

能实现合同目的等。条件具备,

解除权产生,

解除权的行使导致合同解除。我们将此类解除称

为非任意解除。

任意解除和非任意解除存有共同点,表现在它们都以解除权的存在和行使为必要。区别

之处在于:

(1)解除的对象不同。任意解除的对象是特别强调信任基础的继续性合同,而非任

意解除的对象主要是一时性的合同,

当然,

当事人约定继续性合同必须符合特定的条件才可以

解除,

否则,

以违约论处的,

此类解除也属于非任意解除。(2)解除权产生的条件不同。在任意

解除场合,

解除权产生的条件是作为合同基础的信任丧失,且对于信任基础丧失与否的认定, 基本上取决于解除权人的意思,

判断的客观标准未受到足够的重视。换言之,

此类解除权的产

生表面上有条件限制,

实质上如同没有一般。除此之外,

某些法律出于对某些特殊当事人优惠

保护的立法政策,

未附加条件地赋予了其任意解除权。与此不同,在非任意解除场合,解除权

的产生条件受到了严格限制。(3)解除行为是否为合法行为的不同。由上述第二点差别所决

定,

任意解除实际上细分为两种不同的类型,一种是解除权基于正当事由而产生的解除,另一

种是没有正当事由的解除。前一种解除属于真正的解除,解除权的行使是合法行为。后一种

解除只具有解除之名,

实质上是不法行为,会产生民事责任。非任意解除没有这样的划分,解

除权的行使一律为合法行为,

本身不产生民事责任。(4)解除权的享有人存在着差异。在以继

续性合同为对象的任意解除场合,

任何一方当事人都享有解除权,只有在一方当事人行使解除

权时,

合同自该解除的通知到达对方当事人之处时才解除,对方当事人有异议的,可以由人民

法院或者仲裁机构确认;

假如双方当事人都行使了解除权,则合同自解除的通知先到达一方当

事人之处时解除。非任意解除有所不同,解除权是基于违约行为而产生的,仅仅归守约方享

有,

违约方无解除权;

解除权基于不可抗力致使不能实现合同目的而产生的,才归双方当事人

享有。在解除权只能归特定的当事人一方享有这点上,以承揽合同、保险合同、农村土地承包

合同为对象的任意解除,

接近于非任意解除。

应当注意的是,

《合同法》第 4

1

0条关于任意解除的规定,在实务中出现了一些负面的作

〔4〕 [日]星野英一:

《日本民法概论IV·契约》,姚荣涛译,刘玉中校订,五南图书出版有限公司
1

9

9

8年版,

第 2

4

8页。

第十一章　合同的解除

3

9

1

用,

需要限制其适用范围。

〔5〕

第二节　合同解除的条件

合同解除的条件,

因解除有法定解除与约定解除之分,

而有法定解除的条件和约定解除的

条件之别,

法定解除的条件又有一般法定解除和特别法定解除的条件之分。约定解除及其条

件在上文已述,

特别法定解除的条件因合同的种类和性质的不同而千差万别,难以在此一一详

察,

本节仅讨论一般法定解除的条件。

《合同法》规定的一般法定解除的条件,大致有三大类型:一是协议解除的条件;二是不可

抗力致使不能实现合同目的;

三是违约行为。其中所谓的违约行为,

原则上是指债务人违反合

同的主义务。违反从义务及附随义务一般不得解除合同,但致合同目的落空时可以解除合

同。

〔6〕

一、

协议解除的条件

协议解除的条件,

是当事人双方协商一致,是将原合同加以解除的协商一致,也就是在双

方之间又重新成立了一个合同,

其内容主要是把原来的合同废弃,使基于原合同发生的债权债

务归于消灭(《合同法》第 9

3条第 1款)。

在采用合同形式把既有的合同加以解除这点上,

协议解除与约定解除相似,

但二者又有不

同:

约定解除是以合同来约定当事人一方或双方享有解除权,而协议解除是以一个新合同来解

除既有的合同,

与解除权无关。

协议解除是采取合同的形式,

因此它要具备合同的有效要件:当事人有相应的行为能力,

意思表示真实,

内容不违反强行性规定、

不违背公序良俗,

要采取适当的形式。

二、

不可抗力致使不能实现合同目的

不可抗力致使不能实现合同目的,

该合同应该消灭。但通过什么途径消灭,

各国立法并不

一致。德国法系是采取合同当然且自动消灭的原则,

基本上由债务人承担风险,

而不是通过合

同解除的方式。这种立法表面上看不拖泥带水,

解决问题干脆利落,

但实际上却没有顾及当事

人如何采取救济措施,

把损失降低到最低限度,

有将复杂问题简单化之嫌。英美法系用合同落

空原则解决不可抗力及其他意外事故致使合同不能履行的问题,确认合同解除。但这种解除

不经过固有意义上的程序,

即不是通过当事人的解除行为,

而是由法官裁决。中国《合同法》允

许当事人通过行使解除权的方式将合同解除(第 9

4条第 1项)。最高人民法院通过司法解释

对上述规定予以贯彻,

如法释[2

0

0

3]7号规定,

因不可归责于当事人双方的事由未能订立商品

〔5〕 详细论述,

参见崔建远:

“合同解除的疑问与释答”,

载《法学》2

0

0

5年第 9期。

〔6〕 关于法定解除条件的规定是否属于强制性规定的分析,

参见崔建远:“合同解除探微”,载《江淮论坛》2

0

1

1年第 6

期。

4

9

1 合同法(第六版)

房担保贷款合同并导致商品房买卖合同不能继续履行的,当事人可以请求解除合同,出卖人应

当将收受的购房款本金及其利息或定金返还买受人(第 2

3条后段)。

〔7〕

值得讨论的还有,

《合同法》第 9

4条第 1项的规定,仅就其文义看,没有规定通常事变(不

可抗力以外的客观原因)致使不能实现合同目的时可否据此解除合同。为了解决实务中出现

的问题,

应当承认通常事变致使不能实现合同目的时可以据此解除合同。其路径有二:其一, 采取类推适用的方法,

以不可抗力与通常事变具有类似性为由,

类推适用《合同法》第 9

4条第 1

项的规定,

允许在通常事变致使不能实现合同目的时解除合同;

其二,

借鉴日本民法判例、

学说

将不可抗力解释为不能归责于当事人之事由〔8〕的方法,

扩张不可抗力的含义,

认为不可抗力也

包括通常事变。在通常事变(不可抗力以外的客观原因)致使不能实现合同目的的场合,允许

债权人援用《合同法》第 9

4条第 1项的规定,

主张解除合同。

三、

迟延履行

迟延履行,

又称债务人迟延,

是指债务人能够履行,但在履行期限届满时却未履行债务的

现象。它作为合同解除的条件,

因合同的性质的不同而有不同的限定。

根据合同的性质和当事人的意思表示,

履行期限在合同的履行中不特别重要的,

即使债务

人在履行期限届满后履行,

也不至于使合同目的落空。在这种情况下,

原则上不允许债权人立

即解除合同,

而应由债权人向债务人发出履行催告,

给他规定一个宽限期。

〔9〕 债务人在该宽限

期届满时仍未履行的,

债权人有权解除合同(《合同法》第 9

4条第 3项)。最高人民法院的某些

司法解释贯彻了这种精神。例如,

法释[2

0

0

4]1

4号规定,合同约定的期限内没有完工,且在发

包人催告的合理期限内仍未完工的,

发包人可以请求解除合同(第 8条第 2项)。发包人未按

约定支付工程价款的,

致使承包人无法施工,且在催告的合理期限内仍未履行相应义务,承包

人请求解除建设工程施工合同的,

应予支持(第 9条第 1项)。

需要明确《合同法》第 9

4条第 3项规定的“主要债务”的性质和种类。对此,可有“质”和

“量”两个方面的观察。在“质”的方面,

一种观点认为,

该条项规定的“主要债务”,主要是指双

务合同中立于对价关系的债务,即给付义务。

〔

1

0

〕另一种观点则主张,“主要债务”是实现合同

目的必须履行的义务。

〔

1

1

〕本书认为,第一种观点有可取之处,即把主要债务与给付义务联系起

来,

不过,

需要作如下修正:

其一,

主要债务原则上不包括从给付义务,仅仅指主给付义务。这

不仅是因为在双务合同中,

一方的从给付义务与对方的主给付义务不构成对价关系,一方的从

给付义务与对方的从给付义务难以用对价关系来描述,

在单务合同中从给付义务不可能是“主

要债务”,

还因为主要债务 “类似于英美法上的根本契约义务”(f

u

n

d

a

me

n

t

a

lt

e

r

msa

n

dc

o

n

d

i

-

t

i

o

n

)。

〔

1

2

〕 其二,主要债务不仅存在于双务合同中,而且存在于单务合同中。明确这一点,在无

〔7〕 应当指出的是,

法释[2

0

0

9]5号将不可抗力导致合同履行困难、

继续履行显失公平的情形排除于情事变更原则适用

范围,

造成法律漏洞,

显然不适当。另外,

《合同法》第 1

1

7条第 2款规定的不可抗力概念存在不足,具体剖析见崔

建远:

“合同一般解除条件探微”,

载《法律科学》2

0

1

1年第 6期。

〔8〕 [日]於保不二雄:

《日本民法债权总论》,

庄胜荣校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 9

8页。

〔9〕 关于催告、

宽限期及其意义的较为详细的分析,

参见崔建远:

“合同解除探微”,

载《江淮论坛》2

0

1

1年第 6期。

〔

1

0

〕 韩世远:

《合同法总论》,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 6

0

6页。

〔

1

1

〕 BGH(

1

3.

3.

5

6)BB5

6/

5

7

7.

5

7

8Su

b

6.

转引自金勇军:

“一般交易条款的解释”,

载《法学》1

9

9

7年第 5期。

〔

1

2

〕 金勇军:

“一般交易条款的解释”,

载《法学》1

9

9

7年第 5期。

9

1

偿保管合同等单务合同场合,

债务人违约时,

如保管人故意或重大过失地毁损保管物或擅自将

保管物交由不负责任的第三人保管等,

寄存人等债权人可以解除合同,这样规定显然具有积极

的价值。在“量”的方面,

主给付义务若不可分,

则《合同法》第 9

4条第 3项所说的“主要债务”

自然指债务的全体;

若可分,

有时“主要债务”仍指债务的全体,有时则可以是债务的部分。属

于后者的,

如买卖 1

0吨小麦的合同场合,“主要债务”可以是 9.

5吨小麦。又如 7

2

1亩建设用

地使用权转让合同中,

“主要债务”可以是总转让款 2.

5亿元人民币中的 2.

4亿元人民币。

有必要指出的是,

在普通的买卖合同、委托合同、居间合同、技术咨询合同、技术服务合同

等领域,

适用《合同法》第 9

4条第 3项的规定,确定解除权及其行使的条件,较为适当;但在承

揽合同、

勘查合同、

设计合同、

建设工程施工合同等场合,

承揽人、

勘查人、

设计人或施工人若已

完成大部分工作,

仅仅是交付工作成果迟延,特别是迟延得不太久时,不宜机械地适用《合同

法》第 9

4条第 3项的规定,

定作人或发包人仅仅催告一次,确定一个期限,待该宽限期届满时

承揽人、

勘查人、

设计人或施工人仍未交付工作成果的,

就准许它(他)们行使解除权,

将合同解

除,

这极有可能使已经完成的大部工作丧失其价值,因为此类工作成果基本上都是非通用的、

特定用途的,

难以满足其他用户,

因此只好留在承揽人、勘查人、设计人或施工人之手,变成废

铜烂铁。这样,

对承揽人、

勘查人、

设计人或施工人显然过于苛刻;从社会层面考虑,这也浪费

了人力、

物力,

显然不符合效益原则。倒不如限缩《合同法》第 9

4条第 3项的适用范围,

改为如

下规则:

在承揽合同、

勘查合同、

设计合同、建设工程施工合同等场合,承揽人、勘查人、设计人

或施工人未能在约定或法定的日期交付工作成果,

经定作人或发包人催告,在宽限期届满时仍

未交付工作成果的,

尚需定作人或发包人举证证明,其合同目的因此而落空,才允许行使解除

权,

将合同解除;

定作人或发包人若未能举证证明其合同目的落空的,仅凭承揽人、勘查

人、设

计人或施工人未能在宽限期内交付工作成果的事实,仍不许其行使解除权,这样就较好地平衡

了各方当事人的利益关系,

在社会层面也符合效益原则。当然,

承揽人、

勘查人、

设计人或施工

人恶意不依约交付工作成果的,

则应径直适用《合同法》第 9

4条第 3项的规定,甚至径直适用

《合同法》第 9

4条第 2项的规定,

允许定作人或发包人解除合同。

在货运合同的场合,

如果托运的货物已在运输途中,

但未能在约定的期限抵达目的港或目

的站,

一般也不宜机械地适用《合同法》第 9

4条第 3项的规定,而应适用《合同法》第 9

4条第 4

项的规定。不然,

双方当事人的成本就会不必要地增加,对收货人也无积极的意义。当然,在

承运人恶意迟延,

给托运人或收货人造成严重损失的,托运人或收货人有权采取救济措施,援

用《合同法》第 9

4条第 3项的规定,

将合同解除,

另觅其他的承运人。

根据合同的性质和当事人的意思表示,

履行期限在合同的履行中特别重要,

债务人不于此

期限内履行,

就直接推定达不到合同目的的,

在这种情况下,

债务人未在履行期限内履行,

债权

人可以不经催告径直解除合同(《合同法》第 9

4条第 4项)。例如,

甲为庆祝其母 6

0大寿,

向乙

蛋糕店定制蛋糕一份,

约定于寿筵开始时交付。该履行期限即属特别重要,届时乙未能履行, 甲得不经催告而径行解除合同。

四、

拒绝履行

拒绝履行,

又称毁约,

是指债务人能够履行却不法地对债权人表示不履行。拒绝履行一般

表现为债务人明确表示不履行其债务,

有时也可以其行为表示不履行债务的意思,如债务人将



应交付的特定的买卖物又转卖他人。它作为合同解除的条件,

一是要求债务人有过错,

二是拒

绝履行为违法,

三是有履行能力。

在这里,

需要明确的是,

债务人拒绝履行,

债权人可否不经催告而径直解除合同,

意见不一

致。《合同法》不要求债权人为履行催告,

可径直解除合同(第 9

4条第 2项)。这种思想在最高

人民法院的有关司法解释中得到了落实。法释[2

0

0

4]1

4号规定,明确表示或以行为表明不履

行合同主要义务的,

发包人可以请求解除合同(第 8条第 1项)。法释[2

0

0

5]5号规定,当事人

请求按照订立合同时的市场评估价格缴纳土地使用权出让金的,应予支持;受让方不同意按照

市场评估价格补足,

请求解除合同的,应予支持。因此造成的损失,由当事人按照过错承担责

任(第 3条第 2款)。

五、

不完全履行

不完全履行,

是指债务人虽然以适当履行的意思进行了履行,

但不符合法律的规定或合同

的约定。不完全履行可分为量的不完全履行和质的不完全履行。债务人以适当履行的意思提

供标的物,

而标的物的数量有所短缺的,属于量的不完全履行。它可以由债务人补充履行,使

之符合合同目的,

但在某些情况下,如果债务人不进行补充履行,或补充履行也不能达到合同

目的的,

债权人就有权解除合同。债务人以适当履行的意思提供标的物,但标的物在品种、规

格、

型号等质量方面不符合法律的规定或合同的约定的;或标的物有隐蔽缺陷;或提供的劳务

达不到合同规定的水平的,

都属于质的不完全履行。于此场合,

多由债权人或法律给债务人一

定宽限期,

使之消除缺陷或另行给付,

以达到合同目的。如果在此期限内未能消除缺陷或另行

给付,

致使不能实现合同目的的,

那么,解除权产生,债权人可解除合同。还有,债务人的履行

有缺陷,

给债权人造成了额外的损害,如债务人交付的牛患有传染病,使债权人原有的 5头牛

受传染而病死,

为加害给付,属于积极的债权侵害。加害给付致使债权人不能实现合同目的

时,

解除权产生,

债权人可解除合同。《合同法》第 9

4条第 4项后段关于“其他违约行为致使不

能实现合同目的”为解除条件的规定,

可解释为承认了不完全履行致使不能实现合同目的可作

为合同解除的条件。

〔

1

3

]

这种解释的合理性,

在最高人民法院的若干件司法解释中得到了印证。例如,

法释[2

0

0

4]

1

4号规定,

已经完成的建设工程质量不合格,

并拒绝修复的,

发包方可以请求解除合同(第 8条

第 3项)。提供的主要建筑材料、

建筑构配件和设备不符合强制性标准的,致使承包人无法施

工,

且在催告的合理期限内仍未履行相应义务,承包人请求解除建设工程施工合同的,应予支

持(第 9条第 2项)。法释[2

0

0

5]5号规定,受让方擅自改变土地使用权出让合同约定的土地

用途,

出让方请求解除合同的,

应予支持(第 6条)。

六、

债务人的过错造成不能实现合同目的

不可抗力致使不能实现合同目的,《合同法》第 9

4条第 1项将其为合同解除的条件,债务

人的过错造成不能实现合同目的的,按照相似的事物相同处理的规则,亦应作为合同解除条

件。《合同法》第 9

4条第 4项后段关于“其他违约行为致使不能实现合同目的”为解除条件的

〔

1

3

〕关于不能实现合同目的的理解,

详见崔建远:

“合同一般解除条件探微”,

载《法律科学》2

0

1

1年第 6期。



规定,

可解释为其包含了债务人的过错造成不能实现合同目的为解除条件这一

含义。

这种解释的合理性,

从最高人民法院的司法解释中得到了印证。例如,

在商品房买卖合同

订立后,

出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人或出卖给第三人场合,法释[2

0

0

3]7号

规定,

无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、

返还已付购房款及利息、

赔偿损失,

并可以请

求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任(第 8条)。

在金钱给付的场合,

不宜将迟延付款直接认定为债权人的合同目的不能实现,

而应作为逾

期履行而适用《合同法》第 9

4条第 3项的规定,解决系争合同的解除问题;也不宜简单地将未

付清尾款直接认定为合同解除的条件已经具备,

即使经过了一次甚至两次催告,也不宜支持债

权人关于援用《合同法》第 9

4条第 3项的规定解除系争合同的请求,

只有债权人成功举证其合

同目的已因债务人未付尾款落空时,才可支持其解除系争合同的请求。只有这样,才符合《合

同法》第 9

4条第 3、

4项的规范意旨,

才不违反公平正义,

才不会无端地颠覆社会秩序。

七、

法律规定的其他情形

《合同法》第 9

4条第 5项规定,

合同解除的条件还有“法律规定的其他情形”。此处所谓的

“法律规定的其他情形”,

一是指《合同法》本身规定的,

但除第 9

4条规定以外的解除条件;

二是

指《合同法》以外的法律所规定的解除条件。

属于前者的,

如《合同法》规定,

因标的物质量不符合质量要求,

致使不能实现合同目的的,

买受人可以拒绝接受标的物或解除合同。买受人拒绝接受标的物或解除合同的, 标的物毁损、

灭失的风险由出卖人承担(第 1

4

8条)。分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价

款的五分之一的,

出卖人可以要求买受人支付全部价款或解除合同(第 1

6

7条第 1款)。

《合同法》以外的法律所规定的解除条件较多。例如,

《保险法》规定,

投保人故意或因重大

过失未履行如实告知义务,

足以影响保险人决定是否同意承保或提高保险费率的,保险人有权

解除保险合同(第 1

6条第 2款)。

最高人民法院的有关司法解释也规定了特殊的解除条件。例如,

法释[2

0

0

4]1

4号规定,

将

承包的建设工程非法转包、

违法分包的,

发包方可以请求解除合同(第 8条第 4项)。

## 第三节　合同解除的程序

合同解除的条件只是解除的前提,

条件具备时,

合同并不当然且自动地解除。欲使合同解

除,

还必须经过一定的程序。解除的程序应有三种,即协议解除的程序、行使解除权的程序和

法院或仲裁机构裁决的程序。

一、

### 协议解除的程序

协议解除的程序,

是指当事人双方经过协商同意,将合同解除的程序。其特点是:合同的

解除取决于当事人双方意思表示一致,而不是基于当事人一方的意思表示,也不需要有解除

权,

完全是以一个新的合同解除原合同。它适用于协议解除类型,并且在单方解除中,只要解



除权人愿意采取这种程序,

解除权处于备而不用的状态,

法律也应予允许并加以提倡。

由于协议解除的程序是采取合同的方式,

要使合同解除有效成立,

也必须有要约和承诺的

过程。这里的要约,

是解除合同的要约,其内容是要消灭既存的合同关系,甚至包括已经履行

的部分是否返还、

责任如何分担等问题。它必须是向既存合同的相对人发出,

并且要在既存合

同消灭之前提出。这里的承诺,

是解除合同的承诺,

是完全同意上述要约的意思表示。

协议解除是否必须经过法院或仲裁机构的裁判?《法国民法典》规定,凡是解除都必须经

过法院的裁判(第 1

1

8

4条第 3项)。这种程序比较复杂,

实行起来不方便。中国法律未作这样

的要求,

允许当事人选择:

或请求法院或仲裁机构予以确认,或直接由双方当事人达成解除原

合同的协议。

采取协议解除的程序,

何时发生解除的效力?合同解除需办理批准、登记等手续的,办完

这些手续的日期为合同解除的日期(《合同法》第 9

6条第 2款)。合同解除不需办理上述手续

的,

双方当事人协商一致之时就是合同解除的生效之时,或由双方当事人商定

解除生效的日

期。

二、

行使解除权的程序

(一)行使解除权的程序概说

行使解除权的程序必须以当事人享有解除权为前提。所谓解除权,是合同当事人可以将

合同解除的权利。它的行使,

发生合同解除的法律效果,

因而它是一种形成权。解除权按其性

质来讲,

其行使不需要相对人的同意,

只需解除权人单方的意思表示,

就可以把合同解除。

解除权的行使,

一般来说,

属于合法行为,

不构成违约,

权利人对此不承担民事责任。但依

据《合同法》第 4

1

0条等规定可推知,行使解除权未必都是合法行为,若存在违约行为,会产生

民事责任;

如果具有正当事由时则不负任何责任。即使依据第 4

1

0条的规定解除合同,解除权

的产生,

也需要预先履行告知义务,否则,解除权不产生,除非遇有不可抗力等障碍,无法履行

告知义务。

行使解除权的程序适用于不可抗力致使不能实现合同目的,以及当事人一方违约和约定

解除场合。因不可抗力致使不能实现合同目的场合,

解除权由双方当事人享有,

任何一方都可

行使。在当事人一方违约的情况下,解除权归守约方享有,不然,违约方可能会利用解除制度

来谋取不正当利益。但是,

违约致使合同不能履行时,允许违约方解除合同,也是必要的。在

违约导致《合同法》第 1

1

0条第 2项规定的“债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高”或

者第 1

1

0条第 3项规定的“债权人在合理期限内未要求履行”的结果,并且守约方迟迟不行使

解除权,

经违约方催告后依然如故的,允许违约方解除合同,这样处理也有其道理。在约定解

除的情况下,

解除权归合同指定的当事人享有,既可以是一方当事人享有,也可以是双方当事

人享有。

解除权对权利人而言是一种利益,

这种利益是否被解除权人舍弃或推迟取得,

只要无损于

国家利益、

社会公共利益,

无损于相对人的合法权益,

就应被允许。所以,

行使解除权具有自主

性,

主要表现为解除权人可以在合同解除和请求继续履行之间选择,解除权可以在特定期间的

任何时刻行使,

可以采取与相对人协商的方式,

实际上是解除权备而不用,

等等。

在这里,

需要注意解除权行使的限制条件。社会公共利益、国家利益或相对人、第三人的



合法权益需要合同存续的,

解除权不得行使。《电信条例》第 2

1条前段关于“网间互联双方必

须在协议约定或者决定规定的时限内实现互联互通。未经国务院信息产业主管部门批准,任

何一方不得擅自中断互联互通”的规定,体现了这一思想,是对继续性合同可以随时解除的限

制。类似的限制还包括:

《律师法》限制律师的解除权(第 3

2条第 2款前段),《保险法》限制保

险人的解除权(第 1

5条)、

限制货物运输保险合同和运输工具航程保险合同场合双方当事人的

解除权(第 5

0条),

《机动车交通事故责任强制保险条例》限制保险人的解除权(第 1

4条)、限

制机动车交通事故责任强制保险合同场合投保人的解除权(第 1

6条)。

当事人可否以特约将任意解除权预先抛弃?本书认为,

宜据个案情形,

确定当事人抛弃任

意解除权的特约是否有效。首先,要认定《合同法》第 4

1

0条的规定是强制性规范抑或任意性

规范,

十分困难,

莫不如另辟蹊径,

考察当事人以特约排除其适用的效力。其次,

一律认为当事

人抛弃任意解除权的特约有效,

意味着任何一方当事人都不得解除委托合同,除非具备了《合

同法》第 9

4条等规定的法定解除条件。这就限制乃至剥夺了当事人的人身自由,无论双方产

生的敌意多么深重,

也必须束缚于委托合同关系之中,继续履行合同义务。这颠倒了价值位

阶,

不符合现代伦理。最后,

一律认为当事人抛弃任意解除权的特约无效,意味着任何一方当

事人随时可以解除委托合同,

解除的一方当事人即使承担损害赔偿责任,也因数额有限而给受

托人造成重大的损失,

在海峡两岸实行民商合一的立法模式背景下,尤其如此。就此看来,允

许当事人通过约定限制任意解除权,不失为对《合同法》第 4

1

0条规定的不足的一种补救。有

鉴于此,

宜根据个案情形确定双方当事人抛弃任意解除权特约的效力。

在解除权存续的背景下,

当事人双方采取协商的方式解除合同,

应予提倡。双方协商的方式

并不是解除权的丧失,

恰恰相反,

正是由于解除权的存在并发挥作用,

才使双方协商一致解除合同

的可能性大大增加。在很大程度上,

无解除权的当事人之所以同意解除权人的意见,

是因为即使

不同意,

解除权人也会依其意思表示将合同解除,

并按法律规定或合同约定发生一定的法律效果。

(二)解除权的除斥期间

《合同法》规定,

解除权的除斥期间可以由法律规定,

也可以由当事人约定(第 9

5条第 1款);

在无此类规定、

约定的情况下,

经过相对人催告确定的合理期限为除斥期间(第 9

5条第 2款)。

此处的合理期限,

其长短如何,

自何时起算,

《合同法》尚无明文规定,

其他法律及司法解释

则设有规定。《保险法》第 1

6条规定:

“订立保险合同,

保险人就保险标的或者被保险人的有关

情况提出询问的,

投保人应当如实告知(第 1款)。

”“投保人故意或者因重大过失未履行前款规

定的如实告知义务,

足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的,保险人有权解除

合同(第 2款)。

”“前款规定的合同解除权,

自保险人知道有解除事由之日起,超过三十日不行

使而消灭。自合同成立之日起超过二年的,保险人不得解除合同;发生保险事故的,保险人应

当承担赔偿或者给付保险金的责任。

”(第 3款)〔14〕法释[2

0

0

3]7号规定,

在出卖人迟延交付房

〔

1

4

〕严格来说,

《保险法》第 1

6条第 3款中段关于“自合同成立之日起超过二年的,

保险人不得解除合同”的规定涵盖过

宽,

应予限缩解释。因为有时自保险合同成立已经超过了 2年,

保险人才知道存在着解除事由,此时却无权行使解

除权。这对保险人过于苛刻。站在解释论的立场,可以认为该规定就其字面意思而言涵盖过宽,本应设置例外

—

—

—“自保险合同成立已经超过了 2年,

保险人才知道存在着解除事由的除外”,

却因立法者疏忽而未设置,违反规

范意旨。如今,

在适用法律时,

对其应予目的性限缩,

仅承认该规定适用保险人于保险合同成立时起 2年内知道存

在解除事由的情形。

0

0

2　合同法(第六版)

屋或买受人迟延支付购房款,

且经催告后的情况下,为 3个月,除非当事人另有约定(第 1

5条

第 2款前段);

在对方当事人没有催告的情况下,

则为 1年(第 1

5条第 2款中段)。

除此之外的场合,

确定解除权存续的合理期限,

有的可以类推适用法释[2

0

0

3]7号第 1

5条

第 2款关于“法律没有规定或者当事人没有约定……对方当事人没有催告的, 解除权应当在解

除权发生之日起一年内行使;

逾期不行使的,

解除权消灭”的规定;

〔

1

5

〕

有的则不得类推该条款的规

定,

如守约方一直请求违约方继续履行,

即使已经历时 3年,

也不得认定解除权业已消灭。

法律、

当事人双方已经规定了解除权的除斥期间及其起算点的,

据此确定起算点。若无此

规定的,

依据《合同法》在解除权的除斥期间制度上所持有的精神,

首先通过催告加以确定。催

告中指明了起算点的,

依其约定;

未明确的,

根据《合同法》第 9

5条第 2款及法释[2

0

0

3]7号第

1

5条规定的精神,

宜把催告通知到达的次日确定为除斥期间的第一天。

在既无法律和当事人规定,

又无催告的情况下,如何确定起算点?本书认为,可有几种思

路:

一是除斥期间不起算;

二是在违约的情况下,适用或类推适用法释[2

0

0

3]7号第 1

5条第 2

款的规定,

但守约方一直请求违约方继续履行等场合则不得类推适用。

除斥期间一直不起算,

意味着解除权较长时间地存续,

其缺点如同上述,

该方案不足取。

法释[2

0

0

3]7号第 1

5条第 2款的规定,

具有上文分析的许多优点,可以适用或类推适用,

解除权的除斥期间自解除权发生之日起算。

(三)解除权的行使

《合同法》第 9

6条第 1款前段规定,

解除权的行使采取向相对人发出解除的意思表示的方

式,

该解除的意思表示到达相对人时发生合同解除的效力。这符合解除权系形成权的特质, 并

表明解除权的行使可以采取诉讼的方式,

也可以采取诉讼外的方式。

所谓诉讼方式,

在这里包括送达起诉书、

仲裁申请书、

答辩状于相对人的方式,

也包括口头

辩论上攻击或防御的方式。

〔

1

6

〕只要其中含有行使解除权的意思表示,即为通过诉讼方式行使

解除权。依据《合同法》第 9

6条第 1款中、后段关于“合同自通知到达对方时解除。对方有异

议的,

可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力”的规定,应当是自载有解除意思

的起诉书、

仲裁申请书、

答辩状送达于相对人,或载有解除意思的口头辩论上的攻击或防御的

当时,

发生合同解除的效力。

有必要指出的是,

采取诉讼方式行使解除权不同于法院或仲裁机构依职权径直解除合同。

除了依据情事变更原则解除合同系由法院或仲裁机构依职权将系争合同解除外,其他类型的

解除合同,

包括行使解除权而解除合同,均为当事人的行为,法院或仲裁机构不得依职权径直

解除系争合同,

只可基于解除权人的请求而确认解除合同。

需要注意的是,

在特殊情况下,解除权的行使可以采取推定的方式。例如,《企业破产法》

(2

0

0

6年)第 1

8条规定,

人民法院受理破产申请后,

管理人对破产申请受理前成立而债务人和

对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或继续履行,并通知对方当事人。管理人自破

产申请受理之日起 2个月内未通知对方当事人,

或自收到对方当事人催告之日起 3

0日内未答

复的,

视为解除合同。管理人决定继续履行合同的,

对方当事人应当履行;

但是,

对方当事人有

〔

1

5

〕 详细理由,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 6

6

3页。

〔

1

6

〕 史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 5

2

8页。

第十一章　合同的解除

1

0

2

权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的,

视为解除合同。

《合同法》第 9

6条第 1款后段规定:

“对方有异议的,

可以请求人民法院或者仲裁机构确认

解除合同的效力。

”其中的“异议”,

不限于相对人对解除合同提出了不同意见,

有时甚至经常地

表现为他请求解除权人继续履行合同义务,

在解除权人主张合同解除所产生的恢复原状、其他

补救措施时,

提出因合同有效而无此类法律效果的抗辩,

等等。任何一方当事人都有权请求人

民法院或仲裁机构(以下简称裁判机构)确认解除合同的效力。裁判机构确认合同解除的依

据,

应当是解除权产生的条件已经具备,解除权已经行使完毕。假如有任何一项欠缺,裁判机

构都有权认定合同尚未解除。如果这些事实均已存在,

则裁判机构必须确认合同已被解除,

没

有自由裁量的余地。在违约方对合同解除提出异议,又不请求裁判机构确认解除合同的效力

的情况下,

合同解除的效力是否受该异议的影响?本书认为,因为解除权系形成权,其行使的

方式不以诉讼为必要,

所以,

解除权人关于解除的意思表示一经到达违约方即发生合同解除的

效力,

不因违约方的异议而受影响。在解除权人未请求裁判机构确认解除合同的效力的情况

下,

是否发生合同解除的效力?本书认为,如果解除权确实已经产生,并具备行使的条件,那

么,

合同自解除合同的意思表示到达对方当事人时合同解除,不因对方当事人的异议而受影

响。这是解除权为形成权的性质所决定的,此外还可以防止违约方故意提出异议阻碍合同的

解除。在举证责任的配置上,

应由解除权人举证其享有解除权并符合解除权行使的条件。

〔

1

7

〕

对解除合同持有异议,

应当在一定期限内提出,

不宜漫无限制,

并且,

该期限不宜过长。这

为使法律关系尽早得到确定所必需。法释[2

0

0

9]5号第 2

4条在中国首次明确:当事人对《合

同法》第 9

6条规定的合同解除虽有异议,但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法

院起诉的,

人民法院不予支持;

当事人没有约定异议期间,在解除合同或债务抵销通知到达之

日起 3个月以后才向人民法院起诉的,人民法院不予支持。对此,需要注意的是,在发出解除

通知的当事人并不享有解除权的场合,即使相对人未于解除通知到达之日起 3个月内提出异

议,

也不发生合同解除的结果。

〔

1

8

〕

还要注意的是,

解除权人于解除权行使的条件具备时向相对人发出解除合同的意思表示,按照《合同法》第 9

6条第 1款前段的规定,

该解除合同的意思表示到达相对人时发生合同解除

的效力。这符合解除权系形成权的特质,

应予赞同。在此需要澄清的是,

上述效果的发生必须

以解除权行使的条件具备为前提,假如通知解除合同的一方并不享有解除权,又不属于《合同

法》第 4

1

0条等条款规定的任意解除的情形,

则不得以解除通知到达相对人而认定系争合同已

被解除,

也不得据此简单地认定发出解除通知的一方已经构成违约,除非解除通知中含有其绝

不履行的明确意思,

或以其行为表明届时不再履行债务。

发出解除通知的一方在此过程中是否构成违约,

需要结合其他事实予以认定。(1)如果于

发出解除通知期间,

履行期尚未届满,

那么不构成迟延履行。(2)如果解除通知中含有绝不实

际履行的明确意思,

或以其行为表明届时不再履行债务的,那么构成拒绝履行。(3)债务人若

一方面发出了解除通知,

另一方面又给付了瑕疵之物或提供的服务不达标,且于履行期届满前

尚未消除瑕疵,

那么构成不完全履行。不过,

在履行期届满前消除了瑕疵的,则不构成违约。

〔17〕崔建远:“解除权问题的疑问与释答”,载《政治与法律》2005年第3期。

〔18〕详细理由,参见崔建远:“合同解除探微”,载《江淮论坛》2011年第6期。

(四)解除权与附条件、

附期限

一般来说,

形成权的行使不可附条件、

附期限,

以免增加相对人所处法律状态的不确定性。

解除权作为一种形成权,

也应遵循该项原则。不过,

若所附条件或期限并无影响相对人的法律

地位,

也不损害相对人的合法权益,

则为可附条件或期限。

〔

1

9

〕 解除的意思表示虽可附停止条件

(《合同法》第 4

5条称之为生效条件),

但不可附解除条件;可附始期,但不可附终期,因为附解

除条件或终期,

与解除合同的溯及力相悖。

〔

2

0

〕

本书则认为,中国大陆不宜盲目地照搬所谓解除权的行使不可附解除条件之说,原因在

于:

(1)从形成权及其理论方面讲,

形成权的行使“单方面”地形成法律关系,

而法律关系的样态

事关当事人各方的利益状态,甚至会影响社会秩序。就此而言,形成权行使的“路线图”越清

楚、

明确越好,

对形成权的行使附加条件或期限,

或多或少地干扰了该“路线图”,

使法律关系存

续、

消灭或变更不再那么清楚、

明确。这可能是原则上不允许形成权行使附条件、期限的根本

原因。但问题还有另一面,

即形成权的产生条件/

期限与形成权的行使条件/

期限一致,此时再

禁止形成权行的使附条件、

期限,

则毫无道理。再者,

即使形成权的产生条件/

期限与形成权的

行使条件 /

期限不尽相同,

但对行使附加条件、

期限并不导致当事人各方间的利益失衡,

并不违

背公序良俗的,

也无必要禁止形成权的行使附条件、期限。解除权作为形成权的一种,完全适

合于这个分析和原理。(2)中国现行法上的单方解除(解除权行使的解除),并非一律溯及既往

地消灭合同关系。在合同解除无溯及力的场合,所谓附解除条件与解除合同的溯及力相悖的

理由,

即不存在。(3)判断解除权行使可否附解除条件,

关键在于附解除条件导致的后果如何。

如果附解除条件并未造成当事人各方之间的利益失衡,也不违背公序良俗,就不宜否认解除权

行使附解除条件。

(五)解除权的不可分性

传统民法及其理论承认解除权的不可分性。所谓解除权的不可分性,包括解除权行使的

不可分原则和解除权消灭的不可分原则。所谓解除权行使的不可分, 是指这样的情形:

解除权

人一方有数人的场合,

解除权的行使应由全体解除权人为之,如其中有人不欲行使解除权的, 则合同无从解除而仍继续存在;

相对人一方有数人的场合,则解除的意思表示应向全体相对人

为之,

如仅向其中一部分人为解除的意思表示,

则不发生解除的效力;

若双方各有数人的,

则应

由此方的全体向对方的全体为之;

解除权就当事人中一人消灭的,

就其他人也消灭。

〔

2

1

〕

就解除权的不可分,

中国现行法尚无明文规定,

本书认为应当有条件地承认解除权的不可

分性。

〔

2

2

〕

三、

法院或仲裁机构裁决的程序

这里所说的法院或仲裁机构裁决的程序,不是指在协议解除的程序和行使解除权的程序

〔
1
9
〕林诚二:
《民法债编总论—
—
—体系化解说》,
中国人民大学出版社 2
0
0
3年版,
第 4
5
3页。
〔
2
0
〕史尚宽:
《债法总论》,
荣泰印书馆股份有限公司 1
9
7
8年版,
第 5

2

8页;

郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),

陈荣隆

修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,第 3

3

3页;刘春堂:《民法债编通则·契约法总论》(总第 1册),三民书局

2

0

0

1年版,

第 3

8

7页。

〔

2

1

〕 刘春堂:

《民法债编通则·契约法总论》(总第 1册),

三民书局2001年版，第388~389页。

〔22〕详细论述，参见崔建远：《合同法总论》(中卷)，中国人民大学出版社2012年版，第659页以下。

0

2

中当事人诉请法院或仲裁机构来解除合同,

而是指在适用情事变更原则解除合同时,由法院或

仲裁机构裁决合同解除的程序。因为适用情事变更原则解除合同, 当事人无解除行为,

只是由

法院或仲裁机构根据案件的具体情况和情事变更原则的法律要件加以裁决,所以,对这种类型

的合同解除只能适用法院或仲裁机构裁决的程序。

这种解除合同的程序不属于通常意义上的合同解除的程序,

而是程序法上的问题,

本书不

再多谈。

## 第四节　合同解除的效力

### 一、

### 合同解除的效力概述

解除导致合同消灭,

但究竟如何消灭,

是溯及既往还是仅向将来消灭?是一部解除还是全

部解除?合同消灭时,

已经履行的债务如何处理?合同解除是否影响损害赔偿?这些就是合

同解除的效力问题,

均需加以讨论。因为这些问题的解决与合同解除的效果是采取直接效果

说、

间接效果说、

折中说还是债务关系转换说 /

清算了结说有关,所以,首先简要地介绍这些学

说。

所谓直接效果说,

是指合同因解除而溯及既往地消灭,尚未履行的债务免于履行,已经履

行的部分发生返还请求权的学说。依据此说,

在不承认物权行为独立性和无因性的情况下,

所

给付的有体物的返还请求权应是物的返还请求权,具有物权性质和效力。在损害赔偿的范围

上,

存在着信赖利益说(柚木馨)和履行利益说(我妻荣)的分歧。

〔

2

3

〕

间接效果说认为,

合同本身并不因解除而归于消灭,只不过使合同的作用受到阻止,其结

果对于尚未履行的债务发生拒绝履行的抗辩权,对于已经履行的债务发生新的债务返还。根

据该说,

合同解除场合发生的恢复原状义务,并非基于合同溯及既往地消灭,而是基于解除的

本质,

特别是有偿双务合同上给付与对待给付的等价交换的均衡,合同上的债权

关系并非因解

除而消灭,

而是变形为恢复原状的债权关系(山中康雄、

三宅正男)。恢复原状请求权被视为一

种居于物权的请求权与不当得利请求权中间的、混合的特殊权利(铃木禄弥)。在损害赔偿的

范围上通常解释为以履行利益为准。

〔

2

4

〕

按照折中说,

对于尚未履行的债务自解除时归于消灭(与直接效果说相同),

对于已经履行

的债务并不消灭,

而是发生新的债务返还(与间接效果说相同)。

〔

2

5

〕

债务关系转换说认为,

由于解除使原合同关系变形、转换为原状恢复债权关系,原合同上

的未履行债务转化为原状恢复债权关系的既履行债务而归于消灭,原合同上的既履行债务转

〔

2

3

〕[日]我妻荣:

《债权各论》(上卷),

岩波书店 1

9

5

4年版,

第 1

9

0页;

[日]星野英一:《民法概论IV·契约》,良书普及

会 1

9

8

6年版,

第 9

4页;

[日]柚木馨:

《债权各论·契约总论》,

青林书院 1

9

5

6年版,

第 3

2

0页以下。

〔

2

4

〕[日]水本浩:

《契约法》,

有斐阁 1

9

9

5年版,

第 1

0

7页。

〔

2

5

〕[日]我妻荣:

《债权各论》(上卷),

岩波书店 1

9

5

4年版,

第 1

9

0页;

[日]星野英一:《民法概论IV·契约》,良书普及

会 1

9

8

6年版,

第 9

4页。转引自韩世远:

《合同法总论》,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 6

1

6~6

1

7页。



化为原状恢复债权关系的未履行债务,

经过履行后始行消灭。

〔

2

6

〕

清算了结说认为,合同解除的效果,并非由法律规定产生,而是基于单方法律行为。解

除权的行使,于双方的给付义务已经履行时,则产生了返还义务,解除权只是变更了合同的

债之关系的内容,其债之关系仍然存在,因解除而在内容上变更为“清算关系”(Ab wi

c

k

l

u

n

g

s

v

e

r

h

a

l

t

n

i

s

)。〔27〕 如此,受领人负有返还给付的义务和办理移转登记的义务,给付人享有请求

权属移转登记的 权 利,以 为 返 还,不 得 径 直 请 求 所 有 权 注 销 登 记,或 主 张 所 有 物 返 还 请 求

权。〔28〕 简言之,

合同解除场合消灭的只是尚未履行的主给付义务,

附随义务等则继续存在。

以上各说,

各有其道理,

但基于《合同法》的立法计划和立法目的,

按照体系解释,

《合同法》

对合同解除的效力采取的是直接效果说。

〔

2

9

〕

二、

合同解除与溯及力

(一)概说

合同解除有溯及力,

是指解除使合同关系溯及既往地消灭,

合同如同自始未成立。合同解

除无溯及力,

是指合同解除仅仅使合同关系向将来消灭,

解除之前的合同关系仍然有效。中国

现行法上的合同解除是否有溯及力,

法律尚无明确而系统的规定,理论与实务界大多通说认为

无溯及力。其实,

在协议解除情况下,有无溯及力原则上应取决于当事人的约定,无约定时由

法院或仲裁机构根据具体情况予以确定。约定解除有无溯及力亦应依当事人的约定,无约定

时视具体情况而定,

如一方违约时应按违约解除的规则处理。不可抗力致使不能实现合同目

的而解除合同的,

原则上可无溯及力,

但如此会造成不公正的后果时则宜有溯及力。违约解除

有无溯及力,

应作具体分析。

(二)违约解除与溯及力

确定违约解除有无溯及力,

至少应遵循以下原则:

其一,

必须与违约解除的立法目的相符。

这种解除的立法目的,

是尽可能周到地保护守约方的合法权益,制裁违约方,有利于取得最佳

的宏观经济利益,

有利于市场经济的发展。其二,

满足被解除的合同的性质和种类的要求。据

此,

对违约解除有无溯及力的情况分析如下。

1.

非继续性合同的违约解除原则上有溯及力〔30〕

就非继续性合同(一时性合同)的性质而言,

当它被违约解除时能够恢复原状,

即所为的给

付能够返还给付人。恢复原状是解除有溯及力的效果及标志。非继续性合同作为解除的标的

时,

为解除有溯及力提供了一种可能性。这种可能性能否变成现实性,还要受其他因素制约, 主要由违约解除的法律性质决定。违约解除是对违约方的制裁,

是对守约方的一种救济方法。

违约解除有溯及力与这一性质相符合。

〔

2

6

〕[日]近江幸治:

《民法讲义V·契约法》,成文堂 1

9

9

8年版,

第 9

7~9

8页。

〔

2

7

〕E.

Wo

l

f

,Ru

e

c

k

t

r

i

t

t

,Ve

r

t

r

e

t

e

n

mu

s

s

e

nu

n

dVe

r

s

c

h

u

l

d

e

n,Ac

P

1

5

3,9

7.

转引自黄立:

《民法债编总论》,中国政法大学出

版社 2

0

0

2年版,

第 5

3

0页。

〔

2

8

〕 王泽鉴:

《民法物权·通则·所有权》(总第 1册),

三民书局 2

0

0

3年版,

第 1

7

1页。

〔

2

9

〕 详细论证,

参见崔建远:

“解除权问题的疑问与释答”,

载《政治与法律》2

0

0

5年第 4期。

〔

3

0

〕 详细分析,

参见崔建远:

《合同法总论》(中卷),

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 6

8

5页以下。



2.

继续性合同的解除原则上无溯及力

租赁、

借用、

消费借贷等继续性合同以使用、

收益标的物为目的,

已经被受领方享用的标的

物效益,

是不能返还的,

也就不能恢复原状。这些合同的解除不管有无溯及力,给付人都只能

请求对方返还相应的价金,

在双方当事人互为相应的给付时,有溯及力除了增加不必要的迂回

曲折外,

对当事人没有任何好处,

因此不如规定这些合同的解除无溯及力,除非当事人有相反

的约定。

除上述理由外,

委托合同的解除不能有溯及力,

主要是因为委托合同解除溯及合同成立之

初消灭,

会使受托人进行的代理行为全部失去法律根据,从而变成无权代理。这样,代理人及

通过该代理行为而与委托人成立法律关系的第三人难免遭受不测之损害,也会使社会经济秩

序紊乱。因而,

为保护善意第三人的合法权益,有利于社会经济秩序的正常化,委托合同的解

除不应有溯及力。

在继续性合同中,

长期的买卖合同有其独特的性质,它被解除时能够恢复原状。由此决

定,

在长期的买卖合同的标的物不可分,出卖人只交付部分标的物的情况下,合同解除应该有

溯及力,

因为不可分的标的物硬要分为两份,

对双方当事人均无益处,

倒不如返还之。同理,在

出卖人交付的标的物全部有瑕疵,买受人不需要的情况下,合同解除应有溯及力,否则对买受

人(守约方)极为不利,

对出卖人(违约方)则是一种怂恿。如果长期的买卖合同的标的物可分, 出卖人以前的给付符合合同规定,

只是在其后的给付中有瑕疵,那么合同解除时应维护未违约

时的合同效力,

使违约之前的债权债务关系保留,

只解除违约后的合同关系,

也就是说,

合同解

除无溯及力。

虽然于此场合即便合同解除没有溯及力,

依折中说也可返还所交部分标的物,

但因该返还

请求权为债权,

在法律效力、

返还范围方面仍有弱点,

不如采取直接效果说的结果。

继续性合同约定解除时可溯及既往,

则应当依其约定,

解除具有溯及力。

三、

合同解除与恢复原状〔31〕

恢复原状是有溯及力的解除所具有的直接效力,是双方当事人基于合同发生的债务全部

免除的必然结果。

在合同尚未履行时,解除具有溯及力,基于合同发生的债权债务关系全部溯及既往地消

灭,

当事人之间当然恢复原状,

不存在产生恢复原状义务的余地。恢复原状义务只发生于合同

部分或全部履行的情况下。由于合同自始失去效力,

当事人受领的给付失去法律依据,

应该返

还给付人。

恢复原状在效力及范围上有自己的特性。在效力方面,因为中国法律未承认物权行为独

立性和无因性理论,

给付人请求受领人返还给付物的权利是所有物返还请求权,所以,它优先

于普通债权得到满足。在范围方面,

它以给付时的原物及其带来的有关利益为标准进行返还,

受领人获得利益多少,

在所不问。

〔

3

1

〕关于合同解除与溯及力及恢复原状之间的关系,

分歧严重。韩世远教授采取折中说,且认为恢复原状请求权为债

权的请求权。参见韩世远:

《合同法总论》,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 6

1

7~6

2

9页;崔建远教授则持相反的见解,参

见崔建远:

“解除权问题的疑问与释答”,

载《政治与法律》2

0

0

5年第 4期;崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民

大学出版社 2

0

1

2年版,

第 6

9

7页以下。



四、

尚未履行的债务免除与不当得利返还

合同解除无溯及力时,解除前的合同关系仍然有效,因此解除前进行的给付还有法律依

据,

只是自合同解除之时起尚未履行的债务被免除。这样,就发生了如下问题:当事人一方已

经部分或全部履行了债务,

对方却未履行对待给付,或者虽然也履行了债务,但双方各自的履

行在数量上不对等。针对这一问题,

采取所有物返还显然不妥,

因为给付人在合同解除后仍未

取得给付物的所有权。唯一的办法是运用不当得利制度加以解决,即受领人将其多得的利益

按不当得利规则加以返还。

需要补充说明的是,

在德国民法、

中国台湾地区的“民法”上,其构成不当得利的要件是无

法律上的原因,

在合同有效的情况下受领的给付具有法律上的原因,也难以构成不当得利;但

在中国大陆,

构成不当得利的要件之一是没有合法根据,

这较无法律上的原因宽泛,

本书认为,

受领给付时未付对价或只支付了部分对价,

在合同解除时,

该利益也属于没有合法根据。

即使合同解除有溯及力,但给付物已不复存在,或虽存在但返还给付物不符合效益原则

等,

或债务的履行为提供劳务的,

也按不当得利返还处理(《合同法》第 9

7条)。

不当得利返还在效力方面不属于物权效力,

而属于债的效力,

在范围方面以受领人知道其

取得利益无根据时尚存的利益为限,

至于在返还时受领人有无利益存在,

则在所不问。

五、

合同解除与赔偿损失

按照《民法通则》第 1

1

5条及《合同法》第 9

7条后段的规定,

合同解除不影响当事人要求赔

偿损失的权利。不过,

这比较抽象,

需要对合同解除与赔偿损失的关系,

区分不同情况,

作出具

体的规定。

(一)协议解除可以与赔偿损失并存

当事人有损害赔偿的约定时,

依其约定。因为协议解除是当事人一方从有利于自己的角

度出发,

而提议或同意的解除。既然该当事人因协议解除而获得了利益,

那么依据获得利益者

应承担风险的理论,

他就应该负赔偿责任。该责任的范围包括:

对方订立合同所支出的必要费

用,

因相信合同能适当履行而作准备所支付的必要费用;合同解除后需对方返还给付物时,对

方因此支出的必要费用;

合同解除需责任方返还给付物,

却拒绝返还时,

对方因此遭受的损失。

当然,

由于协议解除场合双方一般均无过错,因而赔偿数额可以适当减轻;如果双方在协议解

除时商定了赔偿数额,

那么应依其约定,

除非该约定违反法律。

(二)合同因不可抗力致其不能实现目的而解除,

有时可以与赔偿损失并存

不可抗力致使不能实现合同目的的,

当事人可以将合同解除。于此场合,

按《民法通则》第

1

0

7条的规定,

当事人一般不负赔偿责任。但在下述情况下,还应存在赔偿责任。一是当事人

一方迟延履行发生不可抗力,

致使不能实现合同目的时,其赔偿损失的范围包括:对方订立合

同所支出的必要费用;

对方为准备履行合同和接受履行而支出的必要费用;在需返还给付物

时,

对方所支出的必要费用;

这种责任的成立与当事人过错地迟延履行有关,因此对间接损失

的赔偿也应予以适当的考虑。二是按现行法的精神,

在不可抗力发生时,

当事人应采取补救措

施,

尽量减少不可抗力造成的损失。否则责任方应对扩大的损失负责赔偿。



(三)第三人的原因造成不能履行而解除,

可以与赔偿损失并存

在第三人的过错行为造成合同不能履行,合同因此而解除时,债务人应该承担赔偿责任。

不过,

债务人因此受到的损失,

应视为系由第三人的过错行为所致,该债务人有权向第三人追

偿。这样处理,

既惩罚了过错第三人,符合过错责任原则的要求;又使债权人与债务人之间的

利益关系得到平衡,

符合公平原则的精神。《合同法》第 1

2

1条规定了这种责任。

(四)约定解除与赔偿损失之间的关系

约定解除是否与赔偿损失并存,首先看当事人的约定。无此约定,当事人一方违约的,按

违约损害赔偿处理;

其他类型的合同解除场合,

不存在损害赔偿。

(五)违约解除可以与赔偿损失并存

违约解除与赔偿损失之间的关系,在学术界和实务界均有不同见解。个别专家、学者认

为,

违约解除排斥赔偿损失。另有少数专家、

学者坚持认为违约解除场合仅仅存在对直接损失

的赔偿。有相当多的专家、

学者主张,违约解除排斥违约损害赔偿,但成立合同解除所生损害

的赔偿。本书作者等少数学者则力主违约解除不影响违约损害赔偿, 也不排斥违约金责任。

经查,

《德国民法典》旧债法及其早期的理论认为,

合同解除是使合同回复到与未订立合同

时的状态,

合同关系溯及既往地消灭。而作为合同责任的损害赔偿要以合同关系的存在为前

提才能成立,

因此,

合同解除与债务不履行的损害赔偿不能同时并存,当事人只得选择两者中

的一个为请求。这种规定及其理论虽然符合某种理论体系,

但过分注重逻辑推演,

忽视了当事

人双方之间的利益衡量,

对非违约方保护不利。因为有时单独地解除合同或请求违约方承担

合同责任,

都不足以保护非违约方的合法权益。

〔32〕法国民法认为,在债务人违约的情况下,债

务不履行所产生的损害赔偿已经成立,

非违约方将合同解除时,业已存在的损害赔偿并不因此

而化为乌有。因此,

合同解除与债务不履行的损害赔偿可以并存。

〔33〕不过,为了维持债务不履

行的损害赔偿的成立要以合同关系存在为前提这种理论,便在债务不履行的损害赔偿成立与

存在的范围内拟制合同关系并未溯及既往地消灭,尽管实际上合同关系已不复存在了。

〔34〕

《瑞士债务关系法》一方面追随《德国民法典》旧债法关于合同解除排斥债务不履行的损害赔偿

的理论,

不承认合同解除场合存在债务不履行的损害赔偿;另一方面又考虑到非违约方的损失

也需要适当赔偿,

于是《瑞士债务关系法》第 1

0

9条允许非违约方请求因合同解除所受损失的

赔偿,

即所谓的信赖利益的赔偿。这种损害赔偿的成立,既不是因为不履行合同,也不是基于

侵权行为,

而是直接根据法律的规定。可见,《瑞士债务关系法》的观点与法国民法的也不相

同。

〔

3

5

〕

本书认为,

法国民法的规定及其理论更具可取性,对《民法通则》第 1

1

5条的规定及《合同

法》第 9

7条后段的规定,

宜借鉴法国民法的规定及其理论进行解释。如此,当事人一方过错地

不履行合同,

给对方造成损失,

构成赔偿责任,该责任不能因合同解除而不复存在。其赔偿损

〔

3

2

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 4

1页。

〔

3

3

〕《法国民法典》第 1

1

8

4条第 1款;Gu

e

n

t

e

rH.Tr

e

i

t

e

l

,Re

me

d

i

e

sf

o

rBr

e

a

c

ho

fCo

n

t

r

a

c

t

(Co

u

r

s

e

so

fAc

t

i

o

nOp

e

n

t

oA

Pa

r

t

yAg

g

r

i

e

v

e

d

),

Ar

t

h

u

rT.v

o

nMe

h

r

e

n,Co

n

t

r

a

c

t

si

nGe

n

e

r

a

l

,I

n

t

e

r

n

a

t

i

o

n

a

lEn

c

y

c

l

o

p

e

d

i

ao

fCo

mp

a

r

a

t

i

v

eLa

w(Vo

l

-

n

meII),Mo

r

h

rSi

e

b

e

c

k,Tü

b

i

g

e

n;

Ma

r

t

i

n

u

sNi

j

h

o

f

fPu

b

l

i

s

hers,Leiden,Boston,16-57(2008)。〔34

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 4

1页。

〔

3

5

〕陈国柱:

“关于经济合同解除的探讨”,

载《吉林大学社会科学学报》1

9

8

9年第 4期。

8

0



失的范围原则上包括直接损失(所受损害)和间接损失(可得利益的损失,或曰所失利益),

但有

例外。

〔

3

6

〕 此外,违约方还应赔偿对方因返还给付物所支出的必要费用,以及违约方不履行返还

给付物义务给对方造成的损失等。

如此解读中国现行法的有关规定,有下述理论的支持:违约损害赔偿与合同、合同关系之

间的因果链条是:

合同→合同关系:债权 /

债务→违约行为→违约损害赔偿。违约损害赔偿并

非由合同引起,

而是合同债务被违反的法定结果。也就是说,

产生违约损害赔偿关系的法律事

实,

不是合同,

而是违约行为。这样,

违约损害赔偿关系的成立和存续,

完全可以不从远距离的

合同寻求赖以存在的依据,

而是直接从违约行为这个法律事实寻觅其根据。从中可以发现,

合

同债务(债权)与违约损害赔偿债务(债权)之间具有同一性,

是由它们两者之间内在的、

实质的

转换、变形或承继所决定的,并非由于合同的存在才如此。换句话说,有合同存续,合同债务

(债权)与违约损害赔偿债务(债权)之间具有同一性;没有合同存续,合同债务(债权)与违约

损害赔偿债务(债权)之间照样具有同一性。在同一性的证成上, 离不开合同的,

主要是合同项

下的债权债务自合同生效至适当履行完毕期间一直未曾改变。

〔

3

7

〕

(六)任意解除场合的赔偿损失

在任意解除的场合,

解除合同可归责于解除者时,依据《合同法》第 4

1

0条的规定,解除合

同者须承担损害赔偿责任。

关于这种责任的赔偿范围,

有三种意见:

一是履行利益的赔偿;

二是信赖利益的赔偿;三是

直接损失。

本书区分情况后决定采纳何种意见。若有证据证明主张“解除”的一方当事人是故意毁

约,

只不过打着解除合同的旗号的,

就应按拒绝履行追究“解除”者的违约责任,其赔偿范围应

为履行利益的损失。除此之外,宜按第二种意见处理,即在任意解除场合发生的损害赔偿,其范围宜为信赖利益的赔偿。其道理在于,在任意解除场合的损害赔偿,是合同解除之后的损失赔偿,《合同法》第410条后段的表述为“因解除合同给对方造成损失的,除不可归责于该当事人的事由以外,应当赔偿损失”。这与瑞士债务法的规定相同,属于信赖利益的损害赔偿,即当事人相信该合同有效,且存续到终期届满之时或履行完毕之时,但因当事人一方行使任意解除权而使合同终止,由此给相对人造成的损失。〔38〕信赖利益的赔偿,包括为履行委托合同而进行准备工作所支出的费用、因合同解除所丧失

的利益。《德国民法典》第 6

7

1条第 2项规定:

“受委托人仅得以使委托人能够对事务的处理另

作处置的方式通知终止委托,

但有不适时地通知终止委托的重大原因的除外。在没有此种原

因的情况下,

受委托人不适时地通知终止委托的,

必须向委托人赔偿由此发生的损害。

”有学者

认为,

当事人唯得请求不利时期终止之损害,不得请求委任继续之利益。史尚宽先生赞同此

说。

〔

3

9

〕

〔

3

6

〕 崔建远:

“民事责任三论”,

载《吉林大学社会科学学报》1

9

8

7年第 4期。

〔

3

7

〕详细阐释,

参见崔建远:

《债权:

借鉴与发展》,

中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,

第 4

3

2页。

〔

3

8

〕详细分析,

参见崔建远、

龙俊:

“委托合同的任意解除及其限制”,

载《法学研究》2

0

0

8年第 6期。

〔

3

9

〕 F

i

c

k,

Da

sS

c

h

we

i

z

e

r

i

s

c

h

eOb

l

i

g

a

t

i

o

n

e

n

r

e

c

h

ta

d

a

p

t

a

t

i

o

nf

r

a

n

c

a

i

s

,Ba

c

h

ma

n

n,Go

e

t

z

i

n

g

e

r

,Si

g

mu

n

de

tZe

l

l

e

r

,Co

mme

n

-

t

a

i

r

eDuCo

d

eFé

d

é

r

a

ld

e

sOb

l

i

g

a

t

i

o

n

s

,

4

0

4,n

o.

4

1.

转引自史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年版,

第 3

六、

合同解除与违约金

合同约定有违约金条款,

合同解除无溯及力时,该违约金条款不因解除而受影响,这一点

不言自明;

即使合同解除有溯及力,

违约金条款也不应受到影响。其道理如同上文“(五)违约

解除可以与赔偿损失并存”中的分析。对此,法释[2

0

1

2]8号第 2

6条规定:“买卖合同因违约

而解除后,

守约方主张继续适用违约金条款的,人民法院应予支持;但约定的违约金过分高于

造成的损失的,

人民法院可以参照合同法第一百一十四条第二款的规定处理。

”

第一节　合同权利义务的终止概述

合同权利义务的终止,

望文生义,

是指基于合同产生的权利义务全部归于消灭,

固然正确;

但将其界定为基于合同产生的权利消灭,

基于合同产生的义务继续存在,或基于合同产生的义

务消灭,

基于合同产生的权利继续存在,

也不好说错。结合《合同法》规定的抵销(第 9

9条)、

提

存(第 1

0

1条以下)、

免除(第 1

0

5条)、

混同(第 1

0

6条)等规定来解释合同权利义务的终止,可

以认定它可有两种含义:其一,基于合同产生的权利归于消灭,或义务归于消灭,但合同关系

—

—

—广义债的关系并不完全终止,尚有狭义债的关系存在。其二,基于合同产生的权利义务

—

—

—广义债的关系全部归于消灭。

属于第一种意义的合同权利义务的终止,例如,在合同关系为双务法律关系的情况下,一

方当事人免除相对人对自己承担的债务,相对人表示继续享有其债权;或一方当事人提存,使

其债务归于消灭,

但继续享有对相对人的债权等,

均为合同关系尚未全部终止的例证。

属于第二种意义的合同权利义务的终止,简称为合同的终止,又称合同的消灭,是指合同

关系在客观上不复存在,

合同权利和合同义务归于消灭。合同义务被全部适当履行、

合同解除

都属于这种情形。其他的类型,

如在单务合同场合,发生了抵销、提存、免除或混同,附着于合

同关系的解除权、

终止权、

抗辩权等从权利和告知义务等从义务,也随之消失,那么,合同关系

—

—

—广义债的关系全部终止。再如,

在双务合同场合,仅剩余一种狭义债的关系,其他的狭义

债的关系因适当履行已经不复存在,

此时发生抵销、

提存、

免除或混同,

附着于合同关系的解除

权、

终止权、

抗辩权等从权利和告知义务等从义务,

也随之消失,

那么,

合同关系也终止。

合同关系为有期限的民事法律关系,它不能永久存续。因而,合同关系为一动态关系,是

存在于时间过程上的一种程序,有着从发生到消灭的历程。“债权系法律世界中之动态因素, 含有死亡之基因,

目的已达,

即归消灭。

”〔1〕

正因为存在着上述差异,

本书未完全按照《合同法》第六章“合同的权利义务终止”规定的

体系,

讨论合同权利义务的终止,

依次解说依约履行、

合同解除、

抵销、

提存、

免除、

混同,而是将

合同解除和适当履行剔除出去,

另行成章,

作专门研讨。

第二种意义上的合同权利义务的终止,不同于合同的变更。后者是合同关系中的内容要

素、

标的物要素的变化。广义的合同变更还包括合同主体的变化。但无论是何者, 合同关系依

〔1〕 Ra

d

b

r

u

c

h

,

Re

c

h

t

s

p

h

i

l

o

s

o

p

h

i

e

,

1

9

6

3,

S.

2

4

3.

转引自王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),三民

书局 1

9

9

3年版,

第 5

2页。

第十二章　合同权利义务的终止

1

1

2

然存在。而第二种意义上的合同权利义务的终止,则是消灭既存的合同权利义务关系。至于

第一种意义上的合同权利义务的终止,为合同变更的一种,属于合同关系中的内容要素的变

更,

不属于标的物要素的变更。

合同权利义务的终止与合同效力的停止也不同。合同效力的停止,是指债务人基于抗辩

权的行使,

拒绝债权人的履行请求,

以停止债权的行使。抗辩权的作用之一在于阻止债权人请

求权的行使,

因而它以请求权的存在为前提。也就是说,此时的合同关系并未消灭,只不过是

效力暂时停止而已,

这显然与第二种意义上的合同权利义务的终止有别,

〔2〕

也不同于第一种意

义上的合同权利义务的终止,

因为它是基于合同产生的权利或义务实质上归于消灭。

合同权利义务终止的原因,尤其是第一种意义上的合同权利义务终止的原因,大致有三

类:

一是基于当事人的意思,如免除、合意解除;二是基于合同目的消灭,如发生不能履行、清

偿、

混同;

三是基于法律的直接规定,如解放初期以法律规定的方式废除劳动人民所欠地主的

债务。按照本书的体例分工,

本章仅讨论清偿、抵销、提存、免除、混同等导致合同权利义务终

止的原因。

第二种意义上的合同权利义务的终止,

使合同关系不复存在,

同时使合同的担保及其他权

利义务也归于消灭。合同的担保,包括抵押权、质权、留置权等。其他权利义务,如违约金债

权、

利息债权等。

负债字据为合同权利义务的证明。合同权利义务终止后,债权人应将负债字据返还于债

务人。债权人如能证明字据灭失,

不能返还的,

应向债务人出具债务消灭的字据。

合同权利义务终止后,

当事人应当遵循诚实信用原则,根据交易习惯,履行通知、协助、保

密等义务(《合同法》第 9

2条)。例如,

离职的受雇人仍应为厂家或其他雇主保守营业秘密;房

屋的出租人在租赁合同终止后仍应允许承租人在适当位置张贴移居启事等。当事人违反上述

合同终止后的义务(后合同义务),

应承担赔偿实际损失的责任(法释[2

0

0

9]5号第 2

2条)。

## 第二节 清 偿

### 一、

### 清偿的概念

清偿,

是指按合同的约定实现债权目的的行为。清偿与履行的意义相同, 只不过履行是从

合同的效力、

合同的动态方面观察的,而清偿则是从合同的权利义务终止、债权的消灭的角度

着眼的。至于清偿(履行)与给付之间的关系,则不如此简单。在不注重给付结果的债的关系

中,

债务人为给付(行为),

即为(适当)履行,

就是清偿;

在同时注重给付行为和给付结果的债的

关系中,

债务人为给付(行为),

但未达成给付结果的,

便不是(适当)履行,

亦非清偿。

合同当事人利益的实现为合同的本来目的。债务一经清偿,

债权即因其达到目的而消灭。

在双务合同场合,

只有两项债务均被清偿时,

合同的权利义务才会终止。

〔2〕王家福主编:

《中国民法学·民法债权》,

法律出版社 1

9

9

1年版,

第 1

8

9页;

史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有

限公司 1

9

7

8年版,

第 7

2

3页。

2

1



从债权实现方面看,

债务人履行债务固属清偿,第三人为满足债权人的目的而为给付,亦

应看做是清偿。此外,

债权即使依强制执行或实行担保权而获得满足的,也应发生清偿的效

果。

清偿为发生私法上效果的合法行为,在不采取物权行为的法制上,多为事实行为,从而关

于法律行为的规定于此场合不再适用。例如,

无行为能力人或限制行为能力人完全可以清偿。

又如,

不适用代理的规定。但应注意的是,即使在不采取物权行为的法制下,清偿也可能为法

律行为。例如,

受托人通过与第三人签订商品房买卖合同来履行受托义务,

即属于清偿为法律

行为的例证。在这种情况下,

应当适用《民法通则》关于法律行为、

代理的规定。

二、

代为清偿

在法律有规定或合同有约定时,

清偿可由第三人进行,

这在本书第六章“合同的履行”中已

经阐述过。除此类情形外,还有代为清偿制度,即清偿由第三人代而为之的制度。之所以如

此,

是因为债权人可通过第三人清偿而使自己的权利全部或部分得以实现。不过是债务人改

为第三人,

由其承担债务,

债权所指向的标的并未变化,

且在第三人以赠与为目的代为清偿中,

债务人还可因此而免去其所负担的给付义务,

所以对他并无不利,对于代为清偿的第三人也无

不利可言。这是代为清偿制度得以生存和发展的利益基础和根本动力所在。

尽管如此,

代为清偿也并非在一切情况下都适用,

其成立必须符合下述条件:

(1)依合同性

质,

可以由第三人代为清偿。如作为合同关系内容的债务属于专属性的, 则

依其性质不许代为

清偿。(2)债权人与债务人之间没有不得由第三人代为清偿的约定。即使有此类约定, 也必须

在代为清偿前为之,

否则该约定无效。(3)债权人没有拒绝代为清偿的特别理由,债务人也无

提出异议的正当理由。如果代为清偿有违公序良俗或诚实信用原则, 对债权人、

债务人或社会

有不利的影响;

或代为清偿违背其他强制性规定的,债权人就有权拒绝受领代为清偿,债务人

也有权提出异议,

此时不发生清偿的效力。(4)代为清偿的第三人必须有为债务人清偿的意

思,

否则,

即构成非债清偿,

发生不当得利返还的效果。

对于已经成立的代为清偿,

还存在效力问题。对此,

应区分情况加以考察:

(1)从债权人与

债务人之间的关系考察:

代为清偿系因第三人依债务人的意思而为清偿,所以,在债权人与债

务人之间,

合同关系归于消灭,

债务人免除义务。但在双务合同中,

须双方的债务均获清偿,合

同关系才消灭。此时除非第三人得代位债权人,否则债务人有债权证书的返还请求权。如果

债权人无正 当 理 由 而 拒 绝 受 领 代 为 清 偿 时,应 负 受 领 迟 延 责任。对 此,债 务 人 也 可 主 张。

(2)从债权人与第三人之间的关系考察:如果第三人系与债务履行有利害关系的第三人,则依

清偿代位制度,

在其可得求偿的范围内,

债权人所享有的权利当然移转于第三人。如果为其他

第三人,

也可依约定而在其求偿权的范围内代位债权人。

〔3〕 如果第三人依债权人的委托而代

为清偿时,

其可依委托合同约定对债权人请求费用的偿还或报酬的支付。

〔4〕 (3)从第三人与

债务人之间的关系考察:

如果第三人与债务人之间有委托合同,则适用委托合同的规范,第三

人有求偿权。如果第三人与债务人之间既无委托合同又无其他履行上的利害关系的,第三人

〔3〕 王轶:

“代为清偿制度论纲”,

载《法学评论》1

9

9

5年第 1期。

〔4〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 7

4

1页。

第十二章　合同权利义务的终止

3

1

2

可依无因管理或不当得利的规定求偿。于此场合,第三人负有及时通知债务人其清偿事实的

义务,

若怠于通知,

导致债务人为二重清偿时,

第三人应负损害赔偿责任。不过,

该赔偿债务不

妨和第三人(清偿人)的求偿权相抵销。

〔5〕但是,第三人以赠与的意思为清偿,不发生求偿权。

再者,

第三人因代为清偿而有代位权,在其求偿权的范围内,得对债务人行使债权人的一切权

利。

〔6〕

三、

清偿费用

清偿费用,

是指清偿所需要的必要费用。例如,

物品交付的费用,

运送物品的费用,金钱邮

汇的邮费,

但不包括合同标的本身的价值。通常情况下,清偿费用包括运送费、包装费、汇费、

登记费、

通知费等。

对于清偿费用,

法律无明文规定、当事人又无约定时,由债务人负担。但因债权人变更住

所或其他行为而致增加清偿费用时,

增加的费用由债权人负担。

四、

清偿的抵充

清偿抵充,

是指债务人对同一债权人负担数宗同种类债务,

而债务人的履行不足以清偿全

部债务时,

确定该履行抵充某宗或某几宗债务的现象。

清偿抵充必须具备如下要件:(1)必须是债务人对同一债权人负担数宗债

务。此数宗债

务,

可以是自始发生在债务人和债权人之间的,也可以是嗣后由他人之处承担而来的,还不论

此数宗债务是否均届清偿期。(2)数宗债务的种类相同。种类不同者, 自可依给付的种类确定

系清偿何宗债务。例如,

债务人借米、

面各 5

0斤,

债务人如提出偿还 5

0斤米时,不发生抵充问

题。若债权人先订购某种书籍 1

0

0册,

后又追加 5

0册,

此时债务人只送交 5

0册,

即产生抵充的

问题。(3)必须发生在债务人的给付不足以清偿全部债务,但至少是足以清偿一宗债务时,否

则,

债权人可以拒绝其为一部清偿,

也不发生抵充问题。

清偿抵充的方法可分为三种:

(1)合同上的抵充。当事人之间就债务人的给付系抵充何宗

债务有约定时,

从其约定(法释[2

0

0

9]5号第 2

0条后段)。抵充合同既可为明示,也可以为默

示;

抵充合同订立的时间既可在给付时,

也可以在给付前。(2)清偿人指定的抵充。如果当事

人之间没有约定,

则清偿人有权单方面指定其给付系清偿何宗债务。这种指定为形成权的行

使,

应向清偿受 领 人 以 意 思 表 示 为 之,一 经 指 定,清 偿 人 不 得 撤 销。指 定 应 在 清 偿 时 作 出。

(3)法定抵充。清偿人不为指定或未为指定时,应当优先抵充已到期的债务;几项债务均到期

的,

优先抵充对债权人缺乏担保或担保数额最少的债务;担保数额相同的,优先抵充债务负担

较重的债务;

负担相同的,

按照债务到期的先后顺序抵充;到期时间相同的,按比例抵充(法释

[2

0

0

9]5号第 2

0条前段)。

债务人除主债务之外还应当支付利息和费用,

当其给付不足以清偿全部债务时,

并且当事

人没有约定的,

人民法院应当按照下列顺序抵充:

(1)实现债权的有关费用;(2)利息;(3)主债

务(法释[2

0

0

9]5号第 2

1条)。此外,

根据《担保法》第 6

8条的规定及其解释,

质押合同无另外

〔5〕 史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 7

4

1页。

〔6〕 史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 7

4

1页。

4

1



约定时,

质权人收取质物的孳息,

先充抵收取孳息的费用,

再充抵质权担保的债权。

主张一定给付抵充一定债务的清偿者,应由债务人举证证明所抵充债务已消灭。债权人

对于债务人有数宗同种内容的债权,如债务人证明为履行目的已对债权人为给付的,那么,债

权人主张其抵充其他同种债权的,

就应当举证其他同种债权的确存在。

清偿的其他问题,

见本书第六章“合同的履行”中的论述。

## 第三节 抵 销

一、

抵销概述

抵销,

是指两人互负债务时,

各以其债权充当债务之清偿,而使其债务与相对人的债务在

对等额内相互消灭。主张抵销的债权,

称为主动债权(或自动债权,

或能动债权)。被抵销的债

权,

叫作被动债权(或受动债权,

或反对债权)。

抵销依其产生的根据不同,

可分为法定抵销和合意抵销两种。法定抵销由法律规定其构

成要件,

当要件具备时,

依当事人一方的意思表示即可发生抵销的效力。依当事人一方的意思

表示即可发生抵销效力的权利,

称为抵销权,

属于形成权。合意抵销是指按照当事人双方的合

意所为的抵销。它重视当事人的意思自由,可不受法律规定的构成要件的限制。当事人订立

的这种合同叫作抵销合同,

其成立应依《合同法》第二章关于合同订立及第 1

0

0条关于合意抵

销的规定。抵销合同的效力是消灭当事人之间同等数额之内的合同关系。本节仅介绍法定抵

销。

抵销的功能,

一是节省给付的交换,

降低交易成本;

二是确保债权的效力,

具有一定的担保

功能,

在双方当事人互负债务时,

如当事人一方只行使自己的债权而不履行自己的债务,那么

相对人就会受损害,

抵销则能克服这一弊端;三是在某些场合确保自己是在正当地行使权利,而非违约。

二、

抵销的要件

按照《合同法》第 9

9条的规定,

抵销必须具备以下要件才能生效。

(一)双方当事人互负债务、

互享债权

抵销以在对等额内使双方债权消灭为目的,故以双方债权的存在为必要前提。抵销权的

产生,

在于当事人对于相对人既负有债务,

同时又享有债权。只有债务而无债权或只有债权而

无债务,

均不发生抵销问题。

当事人双方存在的两个债权债务,

必须合法有效。任何一个债权债务不能有效存在,就当

然不能抵销。

就主动债权而言,

必须有请求权存在,请求力被排除的不完全债权,不得作为主动债权而



主张抵销。

〔7〕 在附条件的债权中,若所附条件为停止条件(生效条件),在条件成就前,债权尚

不发生效力,

自不得为抵销;

若所附条件为解除条件,

则条件成就前债权为有效存在,

故得为抵

销;

且条件成就并无溯及力,

因而行使抵销权后条件成就的,

抵销仍为有效。

〔8〕

超过诉讼时效期间的债权,

不得作为主动债权而主张抵销,否则,无异于强迫对方履行自

然债务。被动债权若已经罹于诉讼时效,

则可用作抵销。于此场合,

可认为债务人抛弃了时效

利益。

〔9〕 但应注意的是,对超过诉讼时效期间的债权,当事人双方就原债务达成还款协议的, 按照《最高人民法院关于超过诉讼时效期间当事人达成的还款协议是否应当受法律保护问题

的批复》(法复[1

9

9

7]4号)的规定,应当依法予以保护。据此,与此类债务相对的债权可以用

作抵销。

附有履行抗辩权的债权,不得以之为主动债权而主张抵销,否则即为剥夺相对人的抗辩

权。但若作为被动债权,

则可认为抵销权人已抛弃履行抗辩权,

此时以之为抵销,

并无不可。

〔

1

0

〕

第三人的债权,

即使取得该第三人的同意,也不能以之为抵销。因为一方面,此时仅一方

当事人能够主张抵销,

而相对人则无此权利,

有失公平;

另一方面,

第三人的债权对其债权人关

系巨大,

如允许用作抵销,

则可能害及第三人的债权人的利益。不过,

若绝对如此,

有时会导致

不适当的结果,

需要设置若干例外:

(1)在债权让与的情况下,债务人对原债权人享有债权的,

得向债权受让人主张抵销(《合同法》第 8

3条)。(2)为了避免保证人于承担保证责任后向主

债务人求偿困难,

加剧保证人难觅的局面,学说认为,编纂民法典时应当承认保证人享有抵销

权。

〔

1

1

〕(3)连带债务人以其他连带债务人对于债权人的债权,就其应分担部分为限,得主张抵

销。

(二)双方互负债务,

必须标的物的种类、

品质相同

双方互负债务,

必须标的物的种类、品质相同,才可抵销。如果标的物的种类、品质不同, 一是债务各有其不同的经济目的,抵销很可能使之落空;二是债务互异其经济价值,抵销难以

公平。

〔

1

2

〕

给付物的种类虽然相同,

但品质不同时,

如甲级刀鱼和乙级刀鱼,

原则上不允许抵销,但允

许以甲级刀鱼的给付抵销乙级刀鱼的给付。以特定物为给付物时,即使双方的给付物属于同

一种类,

也不允许抵销。但是,

在双方当事人均以同一物为给付物时,

仍属同一种类的给付,可

以抵销。当事人一方的给付物为特定物,

对方的给付物为同种类的不特定物时,

因两者不是同

种类的给付,

不允许以种类债权抵销特定债权,

但允许以特定债权抵销种类债权。在双方当事

人的债权皆为种类债权,

但种类的范围有广有狭时,范围狭的种类债权对范围广的种类债权可

以抵销;

范围广的种类债权对于范围狭的种类债权,

则不允许抵销。因为后者的给付种类不同

一。在双方的债权或一方的债权为选择债权场合,

如果依选择权行使的结果是给付种类相同,

〔7〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 8

2

6页。

〔8〕王家福主编:

《中国民法学·民法债权》,

法律出版社 1

9

9

1年版,

第 2

0

3页。

〔9〕 王家福主编:

《中国民法学·民法债权》,

法律出版社 1

9

9

1年版,

第 2

0

3页。

〔

1

0

〕 王家福主编:

《中国民法学·民法债权》,

法律出版社 1

9

9

1年版,

第 2

0

3页。

〔

1

1

〕程啸:

《保证合同研究》,

法律出版社 2

0

0

6年版,

第 2

4

8页。

〔

1

2

〕郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 5

1

3页。

6

1



就允许抵销。

〔

1

3

〕

标的物的种类不同,

不得抵销。标的物的种类、品质不相同的,若拟通过抵销的方式消灭

债务,

只有依据《合同法》第 1

0

0条关于合意抵销的规定,

双方当事人协商一致,

予以抵销。

(三)自动债权已届清偿期

因债权人通常仅在清偿期届至时,才可以现实地请求清偿,若未届清偿期,
也允许抵销的

话,

就等于在清偿期前强制债务人清偿,

牺牲其期限利益,

显属不合理。所以,

自动债权已届清

偿期才允许抵销。在自动债权未定有清偿期的情况下,

只要债权人给债务人以宽限期,

宽限期

满即可抵销。

尽管《合同法》要求双方的债权应均届履行期(第 9

9条第 1款),

但因债务人有权抛弃期限

利益,

在无相反的规定或约定时,债务人可以在清偿期前清偿。所以,受动债权即使未届清偿

期,

也应允许抵销。

同时,

应注意另一方面的问题:

债权即使已届清偿期,

但当事人约定不得抵销的,

人民法院

可以认定该约定有效(法释[2

0

0

9]5号第 2

3条)。

应该指出的是,

在破产程序中,

破产债权人对其享有的债权,

无论是否已届清偿期,

无论是

否附有期限或解除条件,

均可抵销[《企业破产法》(2

0

0

6年)第 4

0条]。

(四)非不得抵销的债务

所谓不得抵销的债务,

主要有三种情况,分述如下:(1)依债的性质不得抵销的债务。例

如,

互相不得竞业的不作为债务,或提供劳务的单纯作为债务,均为在性质上不得抵销的债

务。

〔

1

4

〕(2)依特约不得抵销的债务。当事人之间有禁止抵销的约定时,债务不得抵销。从意

思自治原则的要求分析,

这是当然的结论。但是,如果该约定损害第三人的合法权益,有害交

易安全的,

则应当认定为无效。

〔

1

5

〕(3)法律禁止抵销的债务。例如,《企业破产法》(2

0

0

6年)

第 4

0条规定,

有下列情形之一的,

不得抵销:其一,债务人的债务人在破产申请受理后取得他

人对债务人的债权的。其二,

债权人已知债务人有不能清偿到期债务或破产申请的事实,

对债

务人负担债务的;

但是,

债权人因为法律规定或有破产申请 1年前所发生的原因而负担债务的

除外。其三,

债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或破产申请的事实, 对债务人取

得债权的;

但是,

债务人的债务人因为法律规定或有破产申请 1年前所发生的原因而取得债权

的除外。

三、

抵销的方法

《合同法》规定,

当事人主张抵销的,

应当通知对方(第 9

9条第 2款前段)。这表明,在《合

同法》上,

抵销为单独行为,

应适用法律关于法律行为及意思表示的规定;并且,不要求采取诉

讼的方式。

当事人对抵销有异议的,

应当及时提出,

若在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民

〔

1

3

〕 胡长清:

《中国民法债篇总论》(下册),

商务印书馆 1

9

4

7年版,

第 5

8

5页;诸葛鲁:“债之抵销”,载《法令月刊》第 1

9

卷第 1期。

〔

1

4

〕 林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 5

6

0页。

〔

1

5

〕 黄立:

《民法债编总论》,

中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,

第 7

1

3页。



法院起诉的,

人民法院不予支持;

当事人没有约定异议期间,在抵销通知到达之日起 3个月以

后才向人民法院起诉的,

人民法院不予支持(法释[2

0

0

9]5号第 2

4条)。

抵销的意思表示,

不得附有条件或期限(《合同法》第 9

9条第 2款后段),以避免法律关系

不确定,

陷相对人于不利。唯有两种例外,一是附加条件经过了相对人同意,二是条件的成就

与否,

单纯地由相对人决定。

〔

1

6

〕

四、

抵销的效力

抵销为处分债权的行为,

故抵销人应有行为能力,

并需要对债权有处分权。抵销应由抵销

权人以意思表示向被动债权人为之,

该抵销的通知到达被动债权人处为发生效力(《合同法》第

9

9条第 2款中段)。被动债权人为无行为能力人或限制行为能力人时, 通知到达其法定代理人

处即发生效力。

抵销使双方的债权按照抵销数额而消灭。之所以如此,

是因为从自动债权方面看,

双方不

能超过自己的债权额获得满足;

从被动债权方面看,也仅于得获满足的范围,即仅就自动债权

额消灭其债权。由此决定,

一方的债权额大于对方的债权额时,前者仅消灭一部分的债权额, 残存的债权仍然存续;

后者则全部消灭。

抵销为债权的行使,

依据《民法通则》第 1

4

0条的规定,

诉讼时效中断,

就残存的债权而言,

诉讼时效期间应该重新计算,

其起算点为残存债权的履行期限届满的次日。

抵销为法律行为,

而法律行为的效力原则上不溯及既往,

但因当事人在双方的债权具备抵

销要件时往往认为可随时抵销,

于是常常怠于为抵销的意思表示,所以,仅令抵销的意思表示

向将来发生效力,

就容易产生不公平的结果。如果令抵销的意思表示溯及最初得为抵销时发

生效力,

即相互间的债权溯及得为抵销时按照抵销数额而消灭,结果就比较公平。

〔

1

7

〕所以,应

当确立这样的规则,

抵销使双方债权溯及得为抵销时消灭。所谓得为抵销时,

是指抵销权发生

之时。如果双方债权的抵销权发生时间不同,则应以抵销人的抵销权发生之时为标准。被抵

销人嗣后纵为抵销的意思表示,

也不得溯及其抵销权发生时产生抵销效力,因为其抵销权已依

对方的抵销意思表示而归于消灭。至于溯及力的内容,

包括双方债权的担保及其他从权利,

均

从得为抵销时消灭;

双方债权的利息债权,

均从得为抵销时消灭;

给付迟延、

受领迟延、

违约金、

损害赔偿金等,

均从得为抵销时消灭。

〔

1

8

〕

由此可知,

抵销权类似于抵押权,系一种优先受偿的权利,优先于抵销相对人(被动债权

人)的其他债权人而受清偿。在这个意义上讲,

抵销权不仅仅是一种形成权。

〔

19〕

〔16〕王泽鉴:《民法总则》,三民书局2000年版,第458页。

〔17〕诸葛鲁:“债之抵销”,载《法令月刊》第19卷第1期。

〔1

8

〕胡长清:

《中国民法债篇总论》(下册),

商务印书馆 1

9

4

7年版,

第 5

9

9页。

〔

1

9

〕BGHZ2

,

3

0

5;

黄立:

《民法债编总论》,

中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,

第 7

1

7~7

1

8页。



## 第四节　提　　存

### 一、

### 提存的概念

提存制度包括一般的提存制度和特殊的提存制度。前者由《合同法》第 1

0

1条至第 1

0

4条

加以规定,

后者则规定在有关的单行法上。《担保法》第 4

9条第 3款规定,抵押人转让抵押物

所得的价款,

应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或向与抵押权人约定的第三人提存。这

种提存制度不要求具备债务人因债权人的原因而难以履行债务这一条件。而一般的提存则是

指由于债权人的原因而无法向其交付合同标的物时,债务人将该标的物交

给提存部门而消灭

债权的制度。

债务的履行往往需要债权人的协助。债权人若无正当理由而拒绝受领或不能受领,虽然

应负担受领迟延责任,

但债务人的债务却并未消灭。于此场合,债务人仍应随时准备履行,为

债务履行提供的担保也不能消灭,

显失公平。为解决这一问题,

《合同法》把提存作为合同的权

利义务终止的原因。

提存涉及三方当事人,

即提存人(债务人)、提存部门和债权人,因而发生提存人与提存部

门、

提存部门与债权人、提存人与债权人的三方法律关系。就提存人与债权人之间的关系而

言,

为私法上的法律关系,

且提存的目的也在于消灭既存于债务人与债权人之间的债的关系, 因而提存具有私法关系的特征。但提存部门为国家所设机关,接受提存标的物并为保管以及

将提存物发还债权人,

系公法上的义务,而且债权人与提存人之间的法律关系,系以提存部门

的行为为中介,

始生消灭效果,

故提存又具有公法上的法律关系的特性。这两种法律关系在提

存中因当事人之间的不同关系而分别存在,

提存人与债权人的关系为私法关系,他们与提存部

门的关系为公法关系。

〔

2

0

〕

二、

提存的原因

提存的原因包括:

1.

债权人迟延受领。债权人迟延受领,是指债权人无正当理由未按清偿期受领或拒绝受

领。对此,

《合同法》第 1

0

1条第 1款第 1项使用的术语是“债权人无正当理由拒绝受领”,《提

存公证规则》(司法部令第 3

8号)第 5条第 1项的表述为“债权人无正当理由拒绝或延迟受领

债之标的的”。构成该提存原因,

必须是债务人现实地提出了给付,个别情况下是以言辞提出

给付。如果债务人未现实地提出给付(包括允许以言辞提出给付), 则不构成提存原因。

债权人迟延受领,

使债务人就无法履行,

为保护其合法权益,

使其尽早摆脱不合理的拘束,

《合同法》允许债务人提存(第 1

0

1条第 1款第 1项)。

2.

债权人下落不明。债权人下落不明包括债权人不清、

地址不详,

债权人失踪又无代管人

〔

2

0

〕 王家福主编:

《中国民法学·民法债权》,

法律出版社 1

9

9

1年版,

第 2

0

8~2

0

9页。

1

2

等情况。此处下落不明的程度,

较《民法通则》在宣告失踪和宣告死亡制度中的要求为宽松。

债权人下落不明使债务人无法履行的,

即使履行也达不到合同目的,

故《合同法》允许债务

人提存,

以保护其合法权益(第 1

0

1条第 1款第 2项)。

3.

债权人死亡或丧失行为能力,又未确定继承人或监护人。在债权人死亡或丧失行为能

力,

又未确定继承人或监护人的情况下,债务人失去给付受领人,或者即使履行也达不到合同

目的的,

为使债务人从这一困境中解脱出来,

《合同法》允许提存(第 1

0

1条第 1款第 3项)。

4.

法律规定的其他情形。《担保法》第 4

9条第 3款规定,抵押人转让抵押物所得的价款,

应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或向与抵押权人约定的第三人提存。《提存公证规则》

第 5条第 2项规定,

债权人不在债务履行地又不能到履行地受领的,

债务人可以申请提存。

当然,

这是为实现担保目的所为的提存,

与直接为清偿债务而实施的提存不同。

三、

提存的主体

提存的主体,

又称提存的当事人,包括提存人、债权人(提存受领人)、提存部门。提存人, 是指为履行清偿义务或担保义务而向提存部门申请提存的人,是提存之债的债务人。因为提

存是一种法律行为,

所以需要提存人在提存时具有行为能力,并且此时所为的提存意思表示必

须真实。提存受领人,

是指提存之债的债权人。提存部门,《提存公证规则》规定为公证处(第

2条),

由债务履行地的公证处办理提存公证(第 4条第 1款)。公证处应当指定银行设立提存

账户,

并备置保管有价证券、

贵重物品的专用设备或租赁银行的保险箱(《提存公证规则》第 8

条)。

四、

提存的标的物

提存的标的物,

是指债务人依约定应当交付的标的物。提存应依债务的本旨进行, 否则不

发生债务消灭的效力。因此,

债务人为提存时,

不得以与合同内容不相符的标的物交付提存部

门,

换言之,

提存标的物必须与合同标的物相符。否则,

就是违约,

而非提存。《提存公证规则》

规定,

提存标的与合同标的(物)不符或在提存时难以判明两者是否相符的, 提存部门应告知提

存人,

如提存受领人因此原因拒绝受领提存标的物,

则不能产生提存的效力。提存人仍要求提

存的,

公证处可以办理提存公证,

并记载上述情况(第 1

3条第 2款)。

提存的标的物,

以适于提存者为限。适于提存的标的物,

包括货币;

有价证券、票据、提单、

权利证书;

贵重物品;

担保物(金)或其替代物;其他适于提存的标的物(《提存公证规则》第 7

条)。

标的物不适于提存或提存费用过高的,

债务人依法可以拍卖或变卖标的物,

提存所得的价

款(《合同法》第 1

0

1条第 2款,法释[2

0

0

9]5号第 2

5条第 1款)。所谓不适于提存的标的物,

例如,

水果、

生鲜食品、

爆裂物、

化学品、

药品等容易毁损、

灭失的物品。所谓提存费用过高的标

的物,

如需要特殊设备或人工照顾的动物等。

〔
2
1
〕
〔
2
1
〕 黄立:
《民法债编总论》,
中国政法大学出版社 2
0
0
2年版,
第 6
9
8~6
9
9页。
0
2
2 合同法(第六版)
五、
提存的方法
提存人应在交付提存标的物的同时,提交提存申请书。提存申请书上应载明提存人的姓

名(名称)、提存物的名称、种类、数量以及债权人的姓名、住址等基本内容。此外,提存人应提

交债务证据,

以证明其所提存之物确系所负债务的标的物;提存人还应提交债权人受领迟延或

下落不明等致使债务人无法履行的证据。如有法院或仲裁机构的裁决书,也应一并提出。其

目的在于证明其债务已符合提存要件,

以便提存部门判定是否准予提存。

提存部门应当在收到申请之日起 3日内作出受理或不予受理的决定。不予受理的,公证

处应当告知申请人对不予受理不服的复议程序(《提存公证规则》第 1

0条第 2款)。提存部门

通过审查确定提存人具有行为能力,意思表示真实,提存之债真实、合法(《提存公证规则》第

1

3条第 1款)。具备提存的原因,

提存标的与合同标的相符,符合管辖规则时,应当准予提存。

提存部门应当验收提存标的物并登记存档。对不能提交提存部门的标的物,提存部门应当派

人到现场实地验收。验收时,

提存申请人或其代理人应当在场,

提存部门的工作人员应制作验

收笔录。验收笔录应当记录验收的时间、地点、方式、参加人员,物品的数量、种类、规格、价值

以及存放地点、

保管环境等内容。验收笔录应当交提存人核对。提存部门的工作人员、

提存人

等有关人员应当在验收笔录上签字。对难以验收的提存标的物,

提存部门可予以保全证据,

并

在笔录和证书中注明。对经验收的提存标的物应采用封存、委托代管等必要的保管措施。对

易腐烂易燃易爆等物品,

提存部门应在保全证据后,由债务人拍卖或变卖,提存其价款(《提存

公证规则》第 1

4条)。

提存人应将提存事实通知提存受领人(《合同法》第 1

0

2条)。以清偿为目的的提存或提存

人通知有困难的,

提存部门应在适当时间内以书面形式通知提存受领人,告知其领取提存的标

的物的时间、

期限、

地点和方法。提存受领人不清或下落不明、

地址不详无法送达通知的,提存

部门应当以适时公告的方式通知。公告应刊登在国家或债权人在国内住所地的有关报刊上

(参见《提存公证规则》第 1

8条)。

六、

提存的效力

关于提存的效力,

应分提存人(债务人)与提存受领人(债权人)之间、提存人(债务人)与

提存部门之间和提存受领人(债权人)与提存部门之间的效力三个方面。

(一)提存人(债务人)与提存受领人(债权人)之间的效力

提存货币的,

以现金、

支票交付提存部门的日期或提存款划入提存账户的日期,为提存日

期。提存的物品需要验收的,以提存部门验收合格的日期为提存日期。提存的有价证券、提

单、

权利证书或无须验收的物品,以实际交付提存部门的日期为提存日期(参见《提存公证规

则》第 1

6条)。

自提存之日起,

提存人(债务人)的债务归于消灭(《提存公证规则》第 1

7条后段),提存受

领人(债权人)无权请求提存人另行清偿。

提存物在提存期间所产生的孳息归提存受领人(债权人)所有(《合同法》第 1

0

3条中段)。

提存人(债务人)取回提存物的,孳息归提存人(债务人)所有(《提存公证规则》第 2

2条第 1

款)。

第十二章　合同权利义务的终止

1

2

2

提存的标的物的收益,

除用于维护费用之外,剩余部分应当存入提存账户(《提存公证规

则》第 2

2条第 4款)。

(二)提存人(债务人)与提存部门之间的效力

在符合提存条件的情况下,

提存人(债务人)有权请求提存部门办理提存业务,

提存部门有

义务为提存。

提存人(债务人)可以凭人民法院生效的判决、裁定或提存之债已经清偿的公证证明取回

提存物。提存受领人(债权人)以书面形式向公证处表示抛弃提存受领权的,提存人(债务人) 得取回提存物。提存人(债务人)取回提存物的,

视为未提存。因此产生的费用由提存人(债务

人)承担。提存人(债务人)未支付提存费用前,提存部门有权留置价值相当的提存标的(《提

存公证规则》第 2

6条)。

(三)提存受领人(债权人)与提存部门之间的效力

提存受领人(债权人)可以随时领取提存物,

但提存受领人(债权人)对债务人负有到期债

务的,

于其未履行债务或提供担保之前,

提存部门根据提存人(债务人)的要求应当拒绝其领取

提存物(《合同法》第 1

0

4条第 1款)。债权人领取提存物的权利,自提存之日起 5年内不行使

而消灭,

提存物扣除提存费用后归国家所有(《合同法》第 1

0

4条第 2款)。

提存受领人(债权人)领取提存标的物时,应提供身份证明、提存通知书或公告,以及有关

债权的证明,

并承担因提存所支出的费用,

除非当事人另有约定。提存受领人(债权人)负有对

待给付义务的,

应提供履行对待给付义务的证明。委托他人代领的,

还应提供有效的授权委托

书。由其继承人领取的,

应当提交继承公证书或其他有效的法律文书(《提存公证规则》第 2

3

条)。

提存期间,

提存标的物毁损灭失的风险由提存受领人负担(《提存公证规则》第 2

7条第 2

款前段)。

提存部门有保管提存标的物的权利和义务。提存部门应当采取适当的方

法妥善保管提存

标的物,以防毁损、变质或灭失。因提存部门过错造成毁损、灭失的,提存部门负有赔偿责任

(《提存公证规则》第 2

7条第 2款)。

对不宜保存的,

提存受领人(债权人)到期不领取或超过保管期限的提存物品,

提存部门可

以拍卖,

保存其价款。下列物品的保管期限为 6个月:(1)不适于长期保管或长期保管将损害

价值的;

(2)6个月的保管费用超过物品价值 5%的(《提存公证规则》第 1

9条、

第 2

0条)。

提存的存款单、

有价证券、

奖券需要领息、

承兑、

领奖的,

提存部门应当代为承兑或领取,所

获得的本金和孳息在不改变用途的前提下,按不损害提存受领人(债权人)利益的原则处理。

无法按原用途使用的,

应以货币形式存入提存账户。定期存款到期的,

原则上按原来期限将本

金和利息一并转存。股息红利除用于支付有关的费用外,剩余部分应当存入提存专用账户

(《提存公证规则》第 2

2条第 2款、

第 3款)。

除当事人另有约定外,

提存费用由提存受领人(债权人)承担(《合同法》第 1

0

3条后段)。

提存费用包括:提存公证费、公告费、邮电费、保管费、评估鉴定费、代管费、拍卖变卖费、保险

费,

以及为保管、

处理、

运输提存标的物所支出的其他费用。提存受领人(债权人)未支付提存

费用前,

提存部门有权留置价值相当的提存标的物(《提存公证规则》第 2

5条第 2款、

第 3款)。

提存部门不得挪用提存标的物,

提存部门及其工作人员挪用提存标的物,

除应负担相应的

2

2

赔偿责任外,

对直接责任人员要追究行政责任或刑事责任(参见《提存公证规则》第 2

7条第 1

款)。

提存部门未按法定或当事人约定的条件给付提存标的物给当事人造成损失的,提存部门

负有连带赔偿责任(《提存公证规则》第 2

7条第 4款)。

符合法定或当事人约定的给付条件,

提存部门拒绝给付的,

由其主管的司法行政机关责令

限期给付;

给当事人造成损失的,

提存部门负有赔偿责任(《提存公证规则》第 2

8条第 1款)。

## 第五节　免　　除

一、

免除概述

免除,

是指债权人抛弃债权的单独行为。

免除仅依债权人表示免除债务的意思而发生效力,其原因如何,在所不问。所以,免除为

无因行为。

虽然免除的原因行为可以是有偿也可以是无偿,如有的为赠与,有的为对待给付,也有的

为和解,

但免除本身则是无偿的。即使为使债权人免除债务而约定对待给付, 也不因此而使免

除具有有偿性。

免除的意思表示不需特定方式,

无论以书面或言辞为之,或者以明示或默示为之,均无不

可。所以,

免除为非要式行为。

免除为债权人处分债权的行为,因而需要债权人具有处分该债权的能力。无行为能力人

或限制行为能力人不得为免除行为,应由其法定代理人代为免除或征得其同意。债权人若丧

失处分权时,

如受破产宣告,

或其债权被法院裁定扣押,

或为质权的标的,

债权人均不得任意免

除。

〔

2

2

〕

二、

免除的方法

免除应由债权人向债务人以意思表示为之。向第三人为免除的意思表示,不发生免除的

法律效力。

免除的意思表示构成法律行为。因此,《民法通则》关于法律行为的规定适用于免除。免

除得由债权人的代理人为之。

关于免除是否可以附条件或期限,存在争议。在中国台湾地区,免除为单独行为,通说认

为,

免除可以附停止条件、

始期。例如,债务人于 1年内结婚,借款不须返还,为附停止条件的

免除。如果约定债务于 1个月后免除,

则为附始期的免除。

〔

2

3

〕

免除为单独行为,

自向债务人或其代理人表示后,即产生债务消灭的效果。因而,一旦债

权人作出免除的意思表示,

即不得撤回。

〔

2

2

〕黄立:

《民法债编总论》,

中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,

第 7

2

1页。

〔

2

3

〕 黄立:

《民法债编总论》,

中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,

第 7

2

2页。

第十二章　合同权利义务的终止

3

2

2

三、

免除的效力

免除发生债务绝对消灭的效力。因免除使债权消灭,故债权的从权利,如利息债权、担保

权等,

也同时归于消灭。仅免除部分债务,

债务仅部分终止(《合同法》第 1

0

5条)。

免除的客体为具体的债务,

仅就各个债务成立免除。债的关系中若存在两个对立的债务

的,

只有将它们一一免除时,

才发生全部免除的效力,

即广义债的关系消灭的效果。

将来之债的免除,

可以视为附停止条件之债的免除,

应该予以承认。只是不得抛弃的请求

权的免除,

不发生免除的效力。例如,法定抚养请求权的债权人,不得免除债务人将来的债

务。

〔

2

4

〕

免除不得损害第三人的合法权益。例如,已就债权设定质权的债权人不得免除债务人的

债务,

而以之对抗质权人。

保证债务的免除不影响被担保债务的存在,被担保债务的免除则使保证债务消灭。这是

由保证与被担保债务之间的主从关系所决定的。

在债务被全部免除的情况下,

有债权证书的,

债务人可以请求返还债权证书。

## 第六节　混　　同

一、

### 混同概述

混同,

是指债权和债务同归一人,

原则上致使合同关系消灭的事实。至于所有权和他物权

同归一人、

主债务和保证债务同归一人这些混同类型,

不在本节所论的范围之内。

混同的性质如何,

观点不一,

通说认为混同为债消灭的独立原因。

二、

### 混同的成立

债权债务的混同,

由债权或债务的承受而产生。其承受包括概括承受与特定承受两种。

概括承受是发生混同的主要原因,如债权人继承债务人的财产、债务人继

承债权人的财

产、

企业合并、

营业的概括承受等。在企业合并场合,

合并前的两个企业之间有债权债务时,企

业合并后,

债权债务因同归一个企业而消灭。

特定承受,

系指债务人由债权人受让债权,或者债权人承担债务人的债务时,因而发生的

混同。

三、

混同的效力

概括承受使合同关系及其他债之关系绝对地消灭。在特定承受的情况下,狭义债的关系

消灭,

未让与的债权和与之相对应的债务继续存在,未转让的债务和与之相对应的债权亦然。

〔

2

4

〕黄立:

《民法债编总论》,

中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,

第 7

2

2页。

4

2



债权的消灭,

也使从权利如利息债权、

违约金债权、

担保权等归于消灭。

债权系他人权利的标的时,

从保护第三人的合法权益的角度出发,债权不消灭。例如,债

权为他人质权的标的时,

为了保护质权人的利益,

债权不因混同而消灭。因为质权人对于第三

债务人有直接收取权,

尤其在入质债权附有担保权时,质权人就债权的继续存在享有更大的利

益。《合同法》规定,

合同终止涉及第三人利益的,

合同的权利义务不终止(第 1

0

6条)。

法律为贯彻债权的流通性,

可以设有例外规定,在债权债务归于一人时,不发生混同的效

力。

# 第十三章　违 约 责 任

## 第一节　违约责任概述

一、

合同债务与违约责任

讨论违约责任的概念,

必然要遇到违约责任与合同债务的关系问题。现行法严格区分债

务和责任,

这从《民法通则》第 8

4条和第 1

0

6条的规定中可以明显地反映出来。通说认为,债

务是法律规定或合同约定的当事人当为的行为,而责任是债务人不履行债务时国家强制债务

人履行或承担其他负担的表现。强制债务人继续履行或承担其他负担,这些责任方式是对原

债权关系中债务的“替代”或“补充”,

责任是债务的转化形态,

这是两者具有同一性的表现。但

是责任与债务又不相同,

“债务并不包括任何对债务人的强制,

在债务人不履行义务时,

强制其

履行或赔偿损害,

则属于民事责任问题”。

〔1〕 可见,责任比债务多包含着一种国家的强制性。

责任若系于债务人过错地不履行其债务的场合成立的,还是道德和法律对过错及其行为予以

否定性评价的表现,

是债务人处于受制裁的法律地位的标志。而债务则不具有这些性质。

〔2〕

违约责任和合同债务虽然是不同的范畴,但两者显然也是相互关联着的。违约责任以合

同债务的存在为前提,

无合同债务即无违约责任。另外,有时虽有合同债务,也不产生违约责

任,

这也就是债务和责任的分离问题。

〔3〕

违约责任与合同责任是否同义,

有肯定说和否定说。后者认为,

合同责任是合同法上的民

事责任,

既包括违约责任,

也包含缔约过失责任,甚至涵盖合同终止后的过失责任。而违约责

任只是违反合同债务所产生的民事责任,不包括缔约过失责任和合同终止后的过失责任。因

此,

合同责任是违约责任的上位概念。肯定说则主张,合同责任就是违约责任,其指的是违反

合同债务所生的民事责任,

不包括缔约过失责任和合同终止后的过失责任。本书作者持肯定

说,

因为缔约过失责任和合同终止后的过失责任,均不以合同关系的存在为成立前提,把它们

叫做合同责任,

容易产生歧义。再者,缔约过失责任、合同终止后的过失责任与合同责任在理

论依据、

主观要件、

赔偿范围诸方面都存有差异,

甚至于它们是否归属于侵权行为法也有争议,

把它们混为一谈并不妥当。还是应该把合同法上的民事责任作为属概念,它包括违约责任、

缔

约过失责任和合同终止后的过失责任三种,

这样做更为科学。

〔4〕 当然,这两说并非水火不容,

〔1〕 梁慧星:

“论民事责任”,

载《中国法学》1

9

9

0年第 3期。

〔2〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 4页。

〔3〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 4页。

〔4〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 8页。

6

2



只要将内涵和外延界定清楚,

持有何说,

并无大碍。

二、

关于违约责任的界定

如何界定违约责任,

学说存在分歧。一种观点认为,

违约责任是债务人不履行合同债务的

法律后果。

〔5〕 严格来说,如此界定违约责任,使之过宽。因为不履行合同债务可以产生几类法

律后果:

法律责任、

合同解除以及随之产生的恢复原状或不当得利返还等。其中,法律责任可

以是民事责任,

也可以是行政责任等;恢复原状和不当得利返还虽被某些学者归结为返还责

任,

作为民事责任的一类,

〔6〕

但实际上,

它们不是直接基于不履行合同债务而成立的,

而是合同

解除有溯及力或无溯及力时必然产生的法律后果。它们既不是强制履行合同的手段,也不是

履行合同的一般担保,

因而不可将它们纳入民事责任以及违约责任的范畴。由此可见,

所谓违

约责任是债务人不履行合同债务的法律后果的观点,未能把违约责任与恢

复原状、不当得利返

还区分开来,

也没有将违约责任即违反合同的民事责任同行政责任、

刑事责任划分清楚。

〔7〕

还有一种观点认为,

违约责任是债务人不履行合同债务时,依照法律规定、合同约定所必

须承受的法律制裁。

〔8〕 但这种观点仅仅适用于过错责任的界定,难以适用对无过错责任的概

括。因为只有违约方在过错违约的情况下,

才能谈到法律制裁的问题;

而在违约方无过错的情

况下承担的违约责任(无过错责任的一种情形),

不存在法律制裁。

〔9〕

大陆法系习惯于把违约责任(债务不履行责任)概括为履行合同债务的一般担保。其意思

是说,

违约责任(债务不履行责任)是指债务人对其不履行合同债务承担赔偿责任时, 应以其全

部财产(责任财产)为担保,

债权人可以请求法院就这些财产为强制执行。须注意,

此处所谓的

一般担保不同于抵押权、

质权等特别担保。

〔

1

0

〕大陆法系的这种理解具有一定的优点,即它将债

务人的个别债务、

债务人的责任财产与民事责任联系起来,

揭示了它们之间的内在联系。

对违约责任的理解还有另外的视角,即认为违约责任是债务人不履行合同债务时依法产

生的第二性义务,

诸如损害赔偿义务、

支付违约金义务等。这些第二性义务即为违约责任。

与此类似的界定还有,

违约责任乃合同当事人不履行合同义务时依法产生的民事责任。

无论是将违约责任作为履行合同债务的一般担保,还是将其作为债务人不履行合同债务

时依法产生的第二性义务,

抑或是把它直接界定为不履行合同债务时所生的民事责任,均有其

积极价值,

本书均予以采纳。

尽管历史上违反合同债务产生的法律责任包括罚款、罚金等方式,但在现代合同法上,违

约责任仅指违约方向守约方承担的财产责任,

它与行政责任和刑事责任完全分离,属于民事责

任的一种。

尚需辨明的是,

违约责任(c
o
n
t
r
a
c
t
u
a
ll
i
a
b
i
l
i
t
y
)和违约救济(r
e
me
d
i

e

sf

o

rb

r

e

a

c

ho

fc

o

n

t

r

a

c

t

)

〔5〕这是我国许多专家、

学者的惯常界定。

〔6〕郑玉波:

“民事责任之分析”,

载郑玉波主编:

《民法债编论文选辑》(上),

五南图书出版有限公司 1

9

8

4年版,第 6

4~

6

5页。

〔7〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 5页。

〔8〕 郑玉波:

“民事责任之分析”,

载郑玉波主编:《民法债编论文选辑》(上),五南图书出版有限公司 1

9

8

4年版,第 6

0

页。

〔9〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 6页。

〔

1

0

〕 关于违约责任不同于抵押权等特别担保的分析,

见本书第八章“合同的担保”中第一节“合同的担保概述”。



有所区别:

(1)前者的着眼点在于违约方及其违约行为,后者的侧重点则在守约方及其补救手

段。(2)前者严格受制于法律责任的质的规定性,如国家的强制性、道德和法律谴责与否定的

评价等;

后者则没有这么拘谨,

凡是对违约及其后果能够救济的,

有无否定性评价的属性,

概不

关心。如此,

合同解除、

物的返还请求权、不当得利返还请求权等,可作为违约救济的方式,却

难以称其为违约责任的形式。

三、

违约责任的普通性质

违约责任作为民事责任的一种,

具有民事责任的一般属性,包括财产责任、补偿性和惩罚

性,

在过错责任场合还有惩罚性。它们决定着违约责任的赔偿范围、违约责任的功能,还与合

同法的归责原则紧密相关。

(一)违约责任是一种财产责任

在中国合同法上,

违约责任包括赔偿损失、

支付违约金、

强制履行、

价格制裁诸方式。它们

均可以用货币来衡量计算,

因而属于财产责任范畴。

违约责任之所以主要表现为一种财产责任,

是与合同的基本特性分不开的。在现代法上,

合同是最为常用的财产流转的法律形式,

合同关系基本上是财产关系而非人身关系,合同债务

几乎均能用货币来衡量计算,

即使是行为债务也能转化为金钱债务,

例外的情形不多。因为违

约责任为合同债务的转化形式,

违约责任关系为合同关系的替代关系,至少在违约责任与合同

解除相伴随的情况下如此,

所以,

违约责任与合同债务在经济利益方面有着同一性,违约导致

的财产损失用以经济利益为内容的违约责任加以救济,

系当然之理。

〔

1

1

〕

(二)违约责任的惩罚性

关于违约责任的惩罚性问题,

存有不同的认识。有人把着眼点放在违约方所负赔偿责任

的范围上或支付违约金的数额上,

认为赔偿数额或违约金的数额高于守约方的实际损失时,即

谓违约责任具有惩罚性;

否则,

则不具有惩罚性。其实,

违约责任的惩罚性与惩罚性损害赔偿、

惩罚性违约金是完全不同的两回事。

违约责任的惩罚性,

是指道德和法律谴责与否定违约方过错违约的法律属性。这种法律

属性可以通过高于实际损失数额的赔偿金,

或者高于或等于实际损失数额的违约金来体现,也

可以通过低于实际损失数额的赔偿金或违约金来表现,还可以通过强制实际履行同时支付违

约金或赔偿金的方式来显现。违约责任的惩罚性不管通过何种方式体现,都必然会使违约方

感受到道德和法律对其过错违约的否定性评价,使违约方懂得过错违约不仅不会让其获得利

益,

反而会在物质利益方面使其受到损害,

其信誉降低,

将来可能遭受更大的损失;

如果他认真

履行合同,

则不会如此。于是,

当事人便会严格遵守合同和适当履行合同债务。可见,违约责

任的惩罚性客观地存在于过错违约的场合。

〔

1

2

〕

(三)违约责任的补偿性

违约责任的补偿性,

是指违约责任所具有的填补守约方损失的法律性质。在守约方的损

失为财产损失时,

违约责任的补偿性通过支付违约金、赔偿金和其他方式而获实现,从可能

性

〔

1

1

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 9页。

〔

1

2

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

0~1

1页。

变为现实性。

应该指出的是,

违约责任的补偿性基本上是就其质的规定性而言的,

并无关于量的严格要

求。违约责任得到承担之后,守约方的实际损失得到全部补偿,由此说明违约责任具有补偿

性;

若守约方的实际损失只得到部分填补,仍表明违约责任具有补偿性;甚至于支付的违约金

超过了守约方的实际损失,

也不能否定违约责任的补偿性。

〔

1

3

〕

违约责任是同时具备惩罚性和补偿性,还是仅具其中之一?这取决于违约责任是过错责

任还是无过错责任。过错责任以过错为主观要件,故其必然具有惩罚性;同时,由于违约方承

担违约责任后基本上能使守约方因违约行为遭受的损失得到弥补,因而它又具有补偿性。无

过错责任的承担能使守约方的损失(基本上)得到合理的填补,

故其具有补偿性;

但它不以过错

为成立要件,

因而,

不宜笼统地说其具有惩罚性。如果坚持要考察无过错责任到底有无惩罚

性,

就必须落实到个案,

只有在违约方确实具有主观过错时,

才能认定违约责任具有惩罚性;

在

违约方没有过错时,

违约责任便不具有惩罚性。

〔

1

4

〕

四、

违约责任的特殊性质

违约责任的特殊性质,

即违约责任的特征,是违约责任区别于其他民事责任的法律属性, 主要表现在如下方面。

(一)违约责任是当事人不履行合同债务时所产生的民事责任

这一特征含有几层意思。首先,

违约责任以合同债务的存在为前提,

或者说必须有合同关

系的存在。不以合同关系、

合同债务的存在为前提所产生的民事责任,不是违约责任。其次, 违约责任的成立必须以合同当事人违约或者不履行合同债务为要件。这一特征把违约责任与

其他民事责任区别开来。侵权责任是行为人侵害他人财产权、人身权及有关民事法益而依法

产生的民事责任,

而非不履行合同债务所产生的民事责任。缔约过失责任,

是缔约人因其过失

违反先合同义务致相对人的财产权益甚至人身权益遭受损害时,依法所应承担的民事责任。

合同终止后的过失责任,

则为合同关系终止后,

当事人违反后合同义务所产生的民事责任。其

他债务不履行的民事责任,

是当事人不履行不当得利返还债务、不履行无因管理债务、不实际

承担违约责任或侵权责任时,

依法产生的民事责任。它们均非不履行合同债务所生的民事责

任,

不以合同关系的存在为前提。

〔

1

5

〕

(二)违约责任可以由当事人在法律允许的范围内约定

合同关系因当事人的协议而成立,

合同关系遭受破坏时,

作为补救措施的违约责任自然可

以由当事人以协议自行约定;

不过,

当事人的约定应在法律要求的范围内进行。违约责任可以

由当事人在法律允许的范围内约定,最典型的表现是违约金以及当事人事先约定损失赔偿额

或其计算方法。这类约定具有方便诉讼的功能。与违约责任不同, 侵权责任在其成立、

赔偿范

围方面均由法律直接规定,

不具有约定性;而违反先合同义务所产生的缔约过失责任,以及违

反后合同义务成立的合同终止后的过失责任,

即“无原给付义务的法定债之关系”,

不具有当事

〔

1

3

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

1页。

〔

1

4

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

2页。

〔

1

5

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

2~1

3页。

第十三章　违约责任

9

2

2

人的约定性。不履行不当得利返还债务、

无因管理债务所产生的民事责任,

也都是直接依据法

律的规定而成立的,

亦不具备约定性的特征。

〔

1

6

〕

(三)违约责任原则上是违约方向相对人承担的民事责任,

但在现代立法上又有发展

称违约责任是违约方向相对人承担的民事责任,一是指违约责任是违约方自己承担的责

任,

而非他人承担的责任。这是因为,合同关系是以合同债权债务为内容的民事法律关系,违

约责任作为不履行合同债务的法律后果,实质上是债务人所负合同债务的转化形态或补充形

态,

尽管这种转化或补充在量上可能不完全对等。既然如此,

违约责任由违约的债务人自己承

担,

而不宜由他人负责,

正是自己责任原则(个人责任原则)的体现,系顺理成章之事。二是指

违约责任原则上是向对方当事人承担的民事责任,而不是向国家或一般第

三人所负的法律责

任。这是因为,

违约责任是不履行合同债务的救济措施,其主要功能在于填补守约方的损失。

既然国家或一般第三人未因违约而受到损失,就不宜向他们承担违约责任。即使不履行合同

债务侵害了国家或一般第三人的物权或人身权,按照合同法与侵权责任法、行政法的分工,也

应由侵权责任法、

行政法管辖,

合同法则爱莫能助。据此可知,

在不履行合同债务的场合,法律

追究直接责任人个人的责任、

对违约方处以行政罚款、收缴其非法所得等,都不能说成是违约

责任。

〔

1

7

〕

在责任主体方面,

违约责任要比侵权责任限定得更严格。如果说违约责任的主体只能是

违约方自己,

那么,

侵权责任的主体有时会与加害主体分离。

〔

1

8

〕例如,《民法通则》第 1

2

1条规

定的国家赔偿责任,

《侵权责任法》第 3

2条规定的监护人责任、

第 3

4条第 1款规定的用人单位

责任、

第 3

4条第 2款规定的劳务派遣责任等,

均为其体现。

应当指出的是,

违约责任是违约方向相对人承担的民事责任,

在法史上是与合同相对性原

则紧密相连的。按照合同相对性原则,

合同关系是当事人之间的特别结合关系,

债务人仅向债

权人承担给付义务及附随义务,其他第三人在合同上既不承担义务也不享有权利。罗马法认

为,

无论何人均不得替他人约定,

1

9世纪的英国普通法主张,

即使当事人有这种约定也是枉然。

基于这种合同相对性原则,

违约责任自然就是当事人之间的责任。但是,

若僵化地固守合同相

对性原则,

则不能时时事事满足当事人的需要,不完全适应市场经济的发展。于是,近现代立

法开始修正合同相对性原则,

承认为第三人利益的合同。在这类合同中,

违约责任有时就是向

特定的第三人承担的,

比如货运合同场合运输人就可能向并非作为合同当事人的收货人承担

赔偿责任;

在保险合同中,

受益人和投保人并非同一人的情形也不在少数。在 2

0世纪,有些国

家和地区的判例和学说甚至立法,

进一步扩张合同关系对第三人的效力,使债务人对于与债权

人有特殊关系的特定第三人也负有保护、照顾等义务,债务人违反这些义务,致相关第三人遭

受损失时,

则应依合同法规则向该第三人承担赔偿责任。这方面的典型表现为, 德国判例与学

说创设的“附保护第三人作用之契约”、

《美国统一商法典》(UCC)第 2—3

1

8条规定的“利益第

三人担保责任”,

它们对于合同相对性原则,以及违约责任是违约方向对方当事人承担的责任

〔

1

6

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

3~1

4页。

〔

1

7

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

4~1

5页。

〔

1

8

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

5页。

0

3

2　合同法(第六版)

之推论,

已有所突破。当然,总的来说,这些突破尚未使违约责任质变为其他类型的法律责

任。

〔

1

9

〕

五、

违约责任与物的瑕疵担保责任

在民法史上,

物的瑕疵担保责任独立于违约责任,

但《德国民法典》新买卖法将之统合入债

务不履行责任(违约责任为其中一类)之中,不过仍遗留有异于债务不履行责任规则的特殊规

则。

在中国,

《合同法》第 1

1

1条、

第 1

3

5条的文义将物的瑕疵担保责任落脚为“违约责任”,解

释上也有统合说,

但由于《合同法》第 1

5

7条、第 1

5

8条的规定,瑕疵履行救济方式与一般意义

的违约责任方式在理念、

功能等方面存在着实质性的差异:

1.

是否履行瑕疵通知的义务不同。物的瑕疵担保责任以买受人履行通知义

务为要件,如

果买受人未依法向出卖人发出瑕疵通知,则不能依瑕疵担保责任提出请求。传统意义的违约

责任则一般无此要求。

2.

所受期限的限制不同。瑕疵担保责任的产生受到质量异议期间的限制。《合同法》规

定,

当事人约定检验期间的,

买受人应当在该期间内将经检验而发现的标的物的瑕疵通知出卖

人。未约定检验期间的,

应当在发现或应当发现标的物瑕疵的合理期限内,

或自标的物收到之

日起 2年内,

通知出卖人。但若有质量保证期的,

适用质量保证期,

不适用 2年期间的规定。买

受人超过上述期间未通知出卖人,

视为标的物的数量或质量符合约定,出卖人不承担民事责任

(第 1

5

8条第 1款、

第 2款)。本书认为,

在《合同法》上,

质量异议期间不同于诉讼时效期间,

理

由如下:

其一,

质量异议期间首先表现为约定期间,

而诉讼时效期间为法定期间。其二,

质量异

议期间适用对象包含请求权和形成权,

而诉讼时效期间的适用对象为请求权。其三,

诉讼时效

期间届满不消灭权利本身,

质量异议期间届满则消灭权利本身。其四,

于质量异议期间内买受

人向出卖人主张,

转换为诉讼时效期间的进行;若为诉讼时效期间则不会发生这种现象。其

五,

质量异议期间不发生中止、

中断、延长,与诉讼时效期间不同。其六,质量异议期间的起算

点,

在该期间为当事人约定的期间场合,

自约定的第一天开始起算;

在无约定场合,

自能够检验

货物时起算(第 1

5

7条),

或者说自发现或应当发现标的物存在瑕疵时起算(第 1

5

8条第 2款前

段);

若有质量保证期,

自规定的质量保证期的第一天起算(第 1

5

8条第 2款后段)。诉讼时效

期间一般自当事人知道或应当知道权利被侵害时起计算。

3.

救济方式不同。违约责任的方式,在中国法上为继续履行、赔偿损失、支付违约金等

(《合同法》第 1

0

7条、

第 1

1

2条、

第 1

1

4条等),在通说上,不包括解除合同、代物清偿或合同更

改。物的瑕疵担保责任的救济方法,

按照《合同法》第 1

1

1条的规定,

有修理、

重作、

更换、

退货、

减少价款或报酬等违约责任。所谓的“等违约责任”,

包含赔偿损失。

其中,

退货,

一般不是终局的状态,

需要视发展、

演变才可最终定性和定位。它有时为解除

合同,

有时为更换,

有时为重作,

个别情况下可以为代物清偿或合同更改;为了把退货同修理、

更换、

重作相区别,

所以不宜将它解释为含有更换、重作的意思。退货是指解除合同时以存在

着解除的意思表示甚至是“反对合同”的成立并生效为必要,或者说把《合同法》第 1

1

1条和当

〔

1

9

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

6页。

第十三章　违约责任

1

3

2

事人的约定以及《合同法》第 9

4条等有关解除、终止的规定结合起来适用;如果退货时没有解

除的意思表示、

“反对合同”,

或者说把《合同法》第 1

1

1条和第 1

1

0条的规定结合起来适用,那

么,

退货就不是解除合同,

请求支付价款的权利和支付价款的义务继续存续。

还需说明的是,

退货,

在既不属于解除合同,

也不属于修理、

更换、

重作的背景下,转为代物

清偿或合同更改。其实施不在于填补守约方因违约行为所遭受的损害,而在于减少乃至避免

守约方的损失,

由此可见其不同于损害赔偿、

支付违约金。它与合同解除在取消既有交易这点

上相同,

但合同解除不但要取消既有交易,而且不建立新的交易关系,而代物清偿或合同更改

是以另一种形式的交易取代既有交易。有时在满足守约方的合同动机上甚至与既有交易相一

致。例如,

守约方的合同目的仅是买一盘包子以填饱肚子,

并不在意是狗不理包子还是开封灌

汤包,

只是在缔约时点了狗不理包子。现在出卖人以开封灌汤包代替狗不理包子,买受人同

意,

可以说买受人因代物清偿而实现了合同目的。

减少价款,

既是一个事实,

也是一项法律制度。这两者既有联系又有区别。作为法律制度

意义上的减少价款,

不同于损害赔偿。作为事实意义上的减少价款,

有时属于赔偿损失的一种

表现形式,

有时则否。

减少价款,

就法律将其作为瑕疵救济方式的初衷而言,

乃是物有所值、

按质论价、

给付与对

待给付间的均衡的产物,

而非填补违约行为给买受人造成的损害的制度。在这种意义上,

减少

价款不属于违约损害赔偿的方式。

但从另外的角度讲,

即减少价款系填补买受人因买卖物有瑕疵却多支付了价款而遭受的

损失,

尤其是在买受人有这样的法律意识的情况下,减少价款属于损害赔偿的一种表现形式。

持这种观点的,

例如,

9

8

0年《联合国国际货物销售合同公约》赋予买受人的减价权,作为基于

部分违约请求赔偿的替代方式。

〔

2

0

〕在个案中,有时是损害赔偿的全部,有时是损害赔偿的部

分。在这种情况下,

减价数额的计算和确定实际上成为了损害赔偿额的一种计算方法。

把减少价款视为违约损害赔偿的一种表现形式,

更符合“统合说”的逻辑,

因为“统合说”认

为,

违约责任制度的功能之一是填补守约方因违约行为所遭受的损害,减少价款作为违约责任

的方式之一,

不应例外,

如此,

将减少价款作为损害赔偿的表现形式之一就符合逻辑。星野英

一教授认为,

减少价金与损害赔偿之间没有实质上的不同。

〔

2

1

〕

应当指出的是,

从填补买受人损失的角度观察,将减少价款视为损害赔偿,在大多数情况

下是不会出现问题的,

但也应当注意到,减少价款毕竟是按照物有所值的规则行事,不受与有

过失、

损益同销等规则的限制,

可以与违约金并罚,

即使该违约金系赔偿性违约金,

也不存在障

碍。

合同解除,

在采取债务不履行说而非法定责任说的背景下,

是将违约造成的损失降到最小

限度的救济措施,

大多没有填补违约行为所致损害的功能。

4.

构成要件不同。物的瑕疵担保责任的成立,

必须是买受人在质量异议期间主张买卖物存在

瑕疵,

逾此期间,

买受人主张与否,

物的瑕疵担保责任都不成立;

而违约责任则无此类要求。

既然差异如此明显、

巨大,

则不宜称物的瑕疵担保责任已被统合入违约责任之中了。

〔

2

0

〕[美]E.

艾伦·范斯沃思:

《美国合同法》,

葛云松、

丁春艳译,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 7

8

6页。

〔

2

1

〕[日]星野英一:

《日本民法概论IV·契约》,姚荣涛译,刘玉中校订,五南图书出版有限公司1998年版,第 12

2页。

六、

违约责任与风险负担

所谓风险负担(a
l
l
o
c
a
t
i
o
no
fr
i
s
k),
也叫危险负担,
是指因不可归责于双方当事人的原因致
使合同不能履行时的不利益,
由某一方当事人负担,
或由双方当事人合理分担的制度。在有关

立法例及理论上,

风险负担存在着债务人主义、债权人主义、所有权人主义、交付主义、合理分

担主义等模式。

应当说,

风险负担与违约责任在出发点、

着眼点、

目的及功能方面是不同的,

应分属两项法

律制度:

(1)风险负担仅仅解决因不可归责于双方当事人的原因致使合同不能履行时所致不利

益如何分配的问题,

对于拒绝履行、

迟延履行、

不完全履行所致损失问题则鞭长莫及;

违约责任

针对上述情况则可派上用场。(2)风险负担针对不同类型的合同而有债务人主义、

所有权人主

义、

保管人主义、

存货人或仓单持有人负担主义、交付主义、合理分担主义等规则;违约责任则

不采取这些主义,

而是奉行过错责任原则或无过错责任原则,或者采纳过错责任原则和无过错

责任原则的双轨体系。(3)风险负担限于合同当事人之间分配因不可归责于双方当事人的原

因致使合同不能履行时所致的不利益,

不涉及向第三人承受负担的问题;而违约责任则有为第

三人的行为而承担责任、

向第三人负责赔偿的问题。(4)风险负担制度没有填补损失、惩罚过

错及其行为、

警戒第三人等目的及功能;

而违约责任恰有填补当事人一方因相对人违约所受损

失的目的及功能,

过错责任还有惩罚、

警戒第三人的目的及作用。(5)风险负担没有继续履行、

赔偿损失、

支付违约金、

价格制裁等方式;

而违约责任要通过这些责任方式来体现、

落实。

不过,

两者之间的关系并非如此单纯,而是有些复杂。(1)因不可归责于双方当事人的原

因致使合同不能履行场合,

所致不利益的分配并非总是按照风险负担规则进行,违约责任可能

发挥作用。由于《合同法》采取无过错责任原则,

买卖等合同因第三人的原因致使不能履行时,

很可能不是适用风险负担规则,

而是由债务人向债权人承担违约责任,只不过债务人事后可以

向该第三人追偿(《合同法》第 1

2

1条)。例如,

甲出卖给乙一个唐三彩的骏马,

它在交付时被丙

射来的子弹击中而毁坏,导致不能履行。这虽然是不可归责于当事人双方的不利益,但按照

《合同法》第 1

2

1条的规定,仍然由甲向乙承担违约责任,而非依风险负担规则甲免负交付义

务,

乙免负价款支付义务。(2)在当事人一方有过错、

风险转移于他(它)的情况下,某些“风险

负担”却蜕变为“违约责任的承担”,表明风险负担和违约责任之间并非永隔天然的鸿沟。对

此,

以《合同法》第 1

4

3条关于“因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的,买受

人应当自违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险”的规定为例,加以分析。该规定可有

两种解读:

其一,

因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的,视为标的物已经交

付,

标的物为动产的,

其所有权已经转移给买受人。在这种情况下,

买受人承担标的物毁损、灭

失的风险,

是买受人对其财产的意外损失承受后果,并未向出卖人给付合同约定以外的负担

(如未支付违约金或赔偿金),

属于典型意义上的风险负担,而非违约责任。其二,因买受人的

原因致使标的物不能按照约定的期限交付的,

仍按未交付对待,标的物所有权依然留归出卖人

享有。于此场合,

买受人若已经付清了价款,

无权请求返还,

若尚未付清价款,

则有义务继续支

付。这种继续支付价款的行为,

在德国法上仍属于履行原债务,

不以债务不履行责任论。在中

国,

若于履行期限内所为,

与德国法系的规定相同,

若在履行期届满后所为,

则属于违约责任中

的继续履行。尤其在当事人约定了违约金的情况下,

买受人继续付清价款和支付违约金并罚,

第十三章　违约责任

3

3

2

属违约责任无疑。可见,

将《合同法》第 1

4

3条规定的“风险负担”一律作为违约责任,

〔

2

2

〕或完

全排除违约责任,

〔

2

3

〕

都有些绝对化。

第二节　违约责任的分类

一、

过错责任与无过错责任

以违约责任的成立是否以过错为要件作为划分标准,违约责任可以分为过错责任与无过

错责任。

过错责任是因故意或过失而成立的责任。故意或过失是这种责任的成立要件,或者说故

意或过失是这种责任的归责事由。如果没有故意或过失,即使造成损害,也不成立民事责任, 这就是过错责任原则的内涵。过错责任,

一般是因违约方自己的过错违约而成立的,

但也有因

有关第三人的过错导致当事人违约而成立。后一种过错责任称为“他人过错责任”,仍属于过

错责任的范畴。《合同法》第 1

2

1条规定了合同当事人为有关第三人的过错而承担违约责任,

属于一种“他人过错责任”。

无过错责任是指在特定情况下不论违约方主观上有无过错,只要其不履行合同债务给对

方当事人造成了损害,

就应承担违约责任。换言之,

违约方虽无过错,

也应负违约责任。

区分过错责任与无过错责任的法律意义在于:其一,构成要件不同。在过错责任中,过错

是责任成立的主观要件,

无过错即无责任,有过错才有责任。在无过错责任中,过错不是责任

的成立要件,

无过错也有责任。其二,

基本思想不同。过错责任,

既在于惩罚过错违约,又在于

补偿受害人的损失,

从而具有教育作用、

预防作用和补偿作用。无过错责任的基本思想只在于

合理分配不幸损害,

而不在于惩罚不履行合同的行为,因而它只具有补偿作用而无惩罚作用。

其三,

举证责任的内容不同。在过错责任中,

违约责任的成立需要受害人举证自己因违约行为

而受有损失,

因实行过错推定,

故不需要举证违约方有过错,

当然,

在法律未规定过错推定的场

合,

仍需受害人举证违约方具有过错;但违约方欲不负责任,则必须举证自己无过错。在无过

错责任中,

受害人只要举证自己因违约行为而受有损失即可成立违约责任,违约方欲免责,只

举证自己无过错还达不到目的,

只有找出免责事由方能奏效。其四,

赔偿范围不同。在过错责

任中,

赔偿范围原则上为直接损失和间接损失。在无过错责任中,

赔偿范围只是直接损失和间

接损失的一部分,

法律有时会直接限定赔偿范围。

二、

有限责任与无限责任

以承担违约责任的财产有无限制为标准,

违约责任分为有限责任与无限责任。

无限责任,

是以债务人的全部财产对全部债务负责任。换言之,

债务人对其全部债务必须

全面清偿,

对其全部赔偿责任必须全部负责;

否则,

不能免责。在现行法上,

自然人、合伙、个体

〔

2

2

〕 王利明:

《合同法研究》(第 2卷),

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 5

2

2页。

〔

2

3

〕刘佳:

“论给付受领”,

清华大学 2

0

0

9年硕士学位论文,

第 3

9页。

4

3

2　合同法(第六版)

工商户和农村承包经营户对其债务基本上都要承担无限责任。法人也是以其财产承担无限责

任,

股东是以其出资为限承担有限责任。

无限责任就其固有的意义来说,

指的是当事人的责任范围,

而不是法律对违约行为及其他

行为予以否定性评价的情形。它在违约行为及其他违反义务行为发生前即已存在。也就是

说,

无限责任不是我们通常所讲的违约责任。但当债务人不履行其债务时,他实际承担的无限

责任才是通常所言的违约责任或其他民事责任。

有限责任,

是债务人得以其某部分财产对某种债务负其责任的情形。它有物的有限与量

的有限之分。前者指债务人仅以其财产中的特定财产负责任。后者指债务人对其债务仅于一

定限额内负责任。

有限责任就其固有的意义而言,

也是对违约责任等在范围上的限制,

而非法律对于违约行

为及其他行为予以否定性评价的情形。它在债务人不履行其债务而产生具体的违约责任时,才现实地成为通常所言的违约责任。

区分有限责任与无限责任的法律意义在于:

责任人的赔偿范围不同,

无限责任比有限责任

重,

对责任人不利;

有限责任以法律有明文规定为限,

法律无明确规定者,

即为无限责任。

三、

单独责任与共同责任

以承担违约责任的当事人的数量为标准,

违约责任可以分为单独责任与共同责任。

单独责任,

是违约方仅为一人时所承担的违约责任。共同责任,

是违约方为两人以上时所

承担的违约责任。它又可分为按份责任与连带责任。按份责任,

是按照法律或合同的规定,由

违约方中的数人各自承担特定份额的责任。至于责任份额的大小, 有规定的依其规定,

无规定

时推定为责任份额均等。连带责任,

是按照法律或合同的规定,

违约方中的数人就违约责任各

有义务承担全部责任。

区分单独责任与共同责任的法律意义在于:

在单独责任场合,

只存在违约方和受害人之间

的债务及责任关系,

比较简单明了。在共同责任场合,

除存在违约方与受害人之间的债务及责

任关系以外,

尚有违约方内部的责任分配关系,尤其在连带责任中,责任人在向受害人承担责

任后,

还需要确定各自的责任份额,

向受害人承担责任超过自己应负份额的责任人有权向其他

责任人追偿。在共同责任中,

如果法律或合同未明确规定是按份责任抑或是连带责任,

因连带

责任较按份责任重,

从合理照顾责任人的角度出发,

应按照按份责任处理。但在共同保证等情

况下则相反(《担保法》第 1

2条等)。

四、

单方责任与混合责任

根据承担违约责任者是当事人一方还是双方的不同,

违约责任分为单方责任与混合责任。

单方责任,

是违约方向守约方承担的违约责任。混合责任,

是当事人双方对违反合同均有

过错,

各自依其过错程度承担相应的责任。《民法通则》第 1

1

3条规定,

当事人双方都违反合同

的,

应当分别承担各自应负的民事责任。

区分单方责任与混合责任的法律意义在于单方责任既可以是过错责任,也可以是无过错

责任;

混合责任只能是过错责任,

混合责任根据双方当事人各自的过错程度确定,最终表现为

过错程度重的违约方不用负全部责任,

在赔偿数额上有所减少。



第三节　违约责任的归责原则

一、

归责原则的概念

归责原则,

是指基于一定的归责事由而确定责任成立的法律原则,

或者说是基于一定的归

责事由而确定行为人是否承担责任的法律原则。具体到合同法,其归责原则就是基于一定的

归责事由而确定违约责任成立的法律原则。

在归责原则问题上,

归责事由居于重要的地位。归责事由是立法者基于特定的物质生活

条件的要求,

根据其立法指导思想,

按其价值观分配损害结果而在法律上形成的唯一的或核心

的责任原因。它变化,

归责原则也随之改变。

〔

2

4

〕古代法把单纯的损害结果认定为归责事由,它

奉行的归责原则便为结果责任原则。近代法把过错规定为归责事由,它采取的归责原则即为

过错责任原则。在现代法上,基于合理分配不幸损害的需要而承认了多种无过错责任。“但

‘无过失’本身则不足以作为责任之依据。

”〔25〕每种无过错责任的归责事由不尽一致,

难以提出

积极的法律原则加以说明,

只能就其消极特征立论,

统称之为无过错责任原则。

〔

2

6

〕

二、

归责原则的作用

规则原则的作用主要体现在如下方面:

1.

归责原则决定着违约责任的构成要件,归责原则不同,违约责任的构成要件便不一致。

在结果责任原则下,

违约致损为唯一的责任要件。在过错责任原则下,过错为核心的责任要

件。在无过错责任原则下,

过错又从构成要件中消失了。

2.

归责原则决定着举证责任的内容,

归责原则不同,

分配给受害人和违约方的举证责任便

不一致。例如,

在过错责任原则下,

违约方欲免负违约责任,可通过举证自己无过错来达到目

的。在无过错责任原则下,

违约方欲免负违约责任,仅仅举证自己无过错已达不到目的,只能

举证法定的免责事由或约定的免责事由。

3.

归责原则决定着赔偿责任的范围,

在不同的归责原则下,

赔偿责任的范围不尽一致。在

过错责任原则下,

确定赔偿范围主要考虑损失的多少,受害人有无过错,有一些国家还考虑违

约方缔约时是否预见到或应否预见到损失。在无过错责任原则下,赔偿范围受合理分配不幸

损害这种基本思想的制约。

4.

归责原则决定着违约责任的方式,

归责原则不同,

违约责任的方式也有差别。在结果责

任原则下,

违约责任的方式为损害赔偿,而无违约金的责任方式。在过错责任原则下,违约金

〔

2

4

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 5

0~5

1页。

〔

2

5

〕 Ka

r

lLa

r

e

n

z

:

“德国法上损害赔偿之归责原则”,

转引自王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第 5册),中国政法大学出

版社 1

9

9

8年版,

第 2

5

8页。

〔

2

6

〕Ka

r

lLa

r

e

n

z

:

“德国法上损害赔偿之归责原则”,

转引自王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第 5册),中国政法大学出

版社 1

9

9

8年版,

第 2

6

0页。

6

3



责任系重要的责任方式。

5.

从整个合同法的角度看,

归责原则对于合同法的进步起到了促进作用。它使合同法及

时地担负起促使债务人履行其债务、填补受害人的损失的重任,既促进了合同法的逐步完善, 又推动了经济的发展。

三、

归责原则的配置原理

“民法准则只是以法律形式表现了社会的经济生活条件”,

〔

2

7

〕归责原则也是如此。例如,

市场经济一方面要求人们的聪明才智应充分发挥出来,人们进行生产和交换的积极主动性应

得到鼓励和保护;

另一方面要求人们进行上述活动时所遭受的损失应得到填补。这些要求反

映在归责原则上,

就是法律要配置过错责任原则。在现代社会,不幸损害相当严重,成为必须

予以重视的社会问题。法律欲合理解决它,

不能不采取无过错责任原则以合理分配不幸损害。

因而现代法在仍然承认过错责任原则的前提下,

又配置了无过错责任原则。

“法不仅必须适应于总的经济状况,不仅必须是它的表现,而且还必须是不因内在矛盾而

自己推翻自己的内部和谐一致的表现。

”〔28〕归责原则的配置也是如此。在奉行结果责任原则

的早期古代法中,

有损害即有责任,

几乎找不出免责事由,

因而法体系内部是和谐一致的。“然

后是经济进一步发展的影响和强制力又经常摧毁这个体系,

并使它陷入新的矛盾(这里我暂时

只谈民法)。

”〔29〕解决该矛盾的方式是合同法采取单一的过错责任原则,有过错即有责任,无过

错即无责任。这种绝对的过错责任原则显然使法体系很和谐。但由于实际经济生活的要求, 法律陆续地基于特殊理由承认了一些无过错责任,

如旅店业者、浴池业者对其所保管的顾客物

品的毁损灭失负无过错责任,运输业者对其所保管的顾客物品的毁损灭失负无过错责任,等

等。这些无过错责任的出现,

相对于以绝对的过错责任原则为归责原则的法体系而言,

是对和

谐的破坏;

但对于新的法体系而言,

因为过错责任原则的适用范围相对缩小,

仅在货物运输、

旅

店业、

浴池业等领域让位于无过错责任制度,

因而同样是和谐的。

归责原则不仅取决于特定社会的物质生活条件的客观要求,而且还受制于统治阶级所信

奉的哲学及法哲学思想、

道德伦理等因素的要求。因为特定社会的物质生活条件的客观要求, 只有被人们尤其是立法者所正确认识的,才会形成归责原则的合理配置,才会被人们所遵守。

而人们对特定社会的物质生活条件的认识便形成各种科学,也形成特定的道德准则,还形成作

为“自然知识和社会知识的概括和总结”的哲学。

〔

3

0

〕统治阶级在立法及配置归责原则时便受

其信奉的哲学及法哲学的指导,

也考虑到了符合其利益的道德伦理的要求。例如,

早期古代法

奉行结果责任原则,

这与原始的平等观念相一致。近代法采取过错责任原则,与强调理性、承

认个人抉择和区分善恶能力的哲学及道德伦理观念密切相关。现代法确立无过错责任原则, 系基于合理分配不幸损害的公平理念所致。

归责原则在相互衔接中体现着交互作用。例如,

债务人迟延履行恰逢不可抗力发生,债权

〔

2

7

〕《马克思恩格斯全集》(第 2

1卷),

人民出版社 1

9

6

5年版,

第 3

4

7页。

〔

2

8

〕《马克思恩格斯全集》(第 3

7卷),

人民出版社 1

9

7

1年版,

第 4

8

8页。

〔

2

9

〕《马克思恩格斯全集》(第 3

7卷),

人民出版社 1

9

7

1年版,

第 4

8

8页。

〔

3

0

〕《毛泽东选集》(合订本),

人民出版社 1

9

7

9年版,

第 7

7

3~7

7

4页。

第十三章　违约责任

7

3

2

人因此所受损失由债务人负责赔偿。一般认为这种责任为无过错责任。

〔

3

1

〕但这种无过错责任

同时伴有过错责任原则的思想,

因为许多国家的法律及其学说认为,按时履行也避免不了此类

损失时,

便不负责任。因此从一定意义上讲,迟延履行者对不可抗力造成的损害承担责任,仍

有过错责任的印迹。

《合同法》第 1

1

9条第 1款规定:

“当事人一方违约后,对方应当采取适当措施防止损失的

扩大;

没有采取适当措施致使损失扩大的,不得就扩大的损失要求赔偿。

”可以肯定地说,该规

定贯彻的是过错责任原则的思想,

即未及时采取措施防止损失扩大属于受害人的过错;受害人

对该扩大部分的损失不得请求赔偿,是受害人对其过错负责的表现。在违约方负过错责任时

是这样,

在违约方负无过错责任时也是如此。在违约方负无过错责任的情况下,不得就扩大的

损失请求赔偿,

便是过错责任原则与无过错责任原则交互作用的体现,是以过错责任原则的思

想限制了无过错责任原则。

四、

《合同法》上的归责原则

《合同法》第 1

0

7条规定:

“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,

应当承担继续履行、

采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

”这个条文中并没有出现“但当事

人能够证明自己没有过错的除外”的字样,

因此被认为是采取了无过错责任原则。

〔

3

2

]

在合同法上,

过错责任原则不会被无过错责任原则完全取代的原因之一,

在于分配风险的

理念没有全面占据道德伦理统治的领域,

区分善恶而决定违约责任的有无,仍然具有合理性和

正当性。灿烂星空和道德律令这两个令先哲康德敬畏之物(事)仍未过时。

应予指出的是,

《合同法》同时也规定了若干过错责任:供电人责任 (第 1

7

9、

1

8

0、

1

8

1诸

条);

承租人的保管责任(第 2

2

2条);

承揽人责任(第 2

6

2、

2

6

5诸条);

建设工程合同中的承包人

的过错责任(第 2

8

2条);

寄存人未履行告知义务的责任(第 3

7

0条);保管人责任(第 3

7

1条)

等。

〔

3

3

〕

第四节　违约责任的构成要件

一、

违约责任的构成要件概述

违约责任,

是当事人违约时国家强制其继续履行或承担损害赔偿、

支付违约金乃至价格制裁

的情形;

在违约方过错违约时,

它还是法律对违约行为予以否定性评价的反映。由此可见违约责

任的严肃性和违约方承担违约责任时所承受的重大不利。正因如此, 绝不能随意地把违约责任强

加于当事人,

而应该有条件地责令违约方承担违约责任。也就是说,

违约责任的成立应有要件。

〔

3

1

〕 [前苏联]马特维也夫:

《苏维埃民法中的过错》(中译本),

法律出版社 1

9

5

8年版,

第 1

0

5页。

〔

3

2

〕 梁慧星:

“从过错责任到严格责任”,

载梁慧星主编:

《民商法论丛》(第 8卷),

法律出版社 1

9

9

7年版,

第 1~7页。

〔

3

3

〕崔建远:

“海峡两岸合同责任制度的比较研究—

—

—海峡两岸合同法的比较研究之一”,载《清华大学学报》(哲学社

会科学版)2

0

0

0年第 2期。



以往的学说认为,

违约责任的构成要件包括违约行为、守约方受有损失、违约行为与受有

损失之间存在因果关系、

违约方有过错。这种看法误把赔偿损失的构成要件当成了整个违约

责任的构成要件,

颠倒了个别与一般的关系。违约责任有强制实际履行、支付违约金、赔偿损

失等责任方式,

每种责任方式都有自己的构成要件,相互之间并不等同。例如,强制实际履行

的构成要件为:

违约行为,

守约方请求违约方继续履行,违约方尚能继续履行。它不要求违约

方有过错。赔偿损失的构成要件为:违约行为,守约方受有损失,这两者之间有因果关系。至

于是否需要过错这一要件,

则视具体情况而定。违约金责任的构成要件不要求守约方的损失, 关于违约方的过错,

视违约金责任的具体类型而定。

无过错责任因其类型不同,

成立的依据各有差异,其构成要件也因此各有特点。例如,迟

延履行期间发生不可抗力,

债务人承担无过错责任,其构成要件为:不可抗力发生于债务人迟

延履行期间,

不可抗力造成合同不能履行或不能完全履行,

债权人因此受有损失。

二、

违约行为

(一)违约行为的概念

违约行为,

是违反合同债务的行为,又叫做不履行合同债务。这里的合同债务,既包括当

事人在合同中约定的义务,

又包括法律直接规定的义务,还包括根据法律原则和精神的要求, 当事人所必须遵守的义务。后两种义务,

如债务人必须交付合格的标的物的义务,

不得欺诈对

方当事人的义务等。

在一般情况下,

违约行为的主体是债务人,在受领迟延且认为构成违约的场合,违约行为

的主体为债权人。由于受领迟延同样是对合同义务(受领义务)的违反,将其主体命名为债务

人未尝不可。

违约行为是单纯的客观现象,

还是融入了违约方的主现状态。一种观点认为,

违约行为仅

指违反合同债务这个客观事实,

不包含当事人及有关第三人的主观过错。另一种观点认为,

违

约行为就是当事人及有关第三人过错地不履行合同债务,因此客观原因致使合同不履行,不算

违约行为。本书采取第一种观点,因为违约责任的构成要件有客观要件与主观要件之分。客

观要件包含违约行为,

主观要件指过错。可见,过错是违约责任的构成要件,而非违约行为的

构成要素。

与此相联系的是,

违约行为的违法性问题。一种观点认为,违约行为的违法性,是指违约

行为违反了现行合同法的要求,

违约方或有关第三人主观上有过错。另一种观点认为,

违约行

为的违法性,

在于违约方在客观上违反了受法律保护的合同。至于违约方对此有无过错, 属于

违约责任的成立与否的范畴,

与违法性无关。应予指出的是,

如果存在着不可抗力等阻却违法

的事由,

即使当事人在客观上违反了受法律保护的合同,

也不具有违法性。

〔

3

4

〕

(二)违约行为的形态

1.

不能履行

不能履行,

又叫给付不能,

是指债务人在客观上已经没有履行能力。在以提供劳务为标的

的合同中,

债务人丧失工作能力,为不能履行。在以特定物为标的的合同中,该特定物毁损灭

〔

3

4

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 9

2~9

3页。

第十三章　违约责任

9

3

2

失,

为不能履行。在以种类物为标的的合同中,

种类物全部毁损灭失,

构成不能履行。不过,在

现行法上,

农户与国家的粮棉收购单位签订的粮棉购销合同等有其特殊性,只要粮棉欠收,当

年的产量扣除农户的基本生活所需部分后,

无粮棉向收购单位交付的,

即视为不能履行。

上述分析和界定都属于事实上的不能履行,

又称自然不能履行。应当看到的是,

无论标的

是提供劳务,

还是交付特定物或种类物,

即使债务人有能力履行,

甚至愿意履行,

但法律禁止履

行的,

也构成不能履行。此为法律上的不能履行。

关于不能履行的判断标准,

不应是物理学的法则,

而是社会的观念,

即应针对个案根据具体情

况斟酌交易观念而判断。例如,

海底寻针,

在物理学上虽属可能,

但在社会观念上则认为不能。

不能履行,

除了上述事实上的不能履行和法律上的不能履行外,还有若干种类别,包括自

始不能履行与嗣后不能履行、

永久不能履行与一时不能履行、

全部不能履行与部分不能履行。

2.

迟延履行

迟延履行,

又称债务人迟延,

现行法有时称作逾期履行。它是指债务人能够履行,但在履

行期限届满时却未履行债务的现象。构成迟延履行,一是存在着有效的债务,二是能够履行, 三是债务已届履行期限,

四是债务人未履行。

对于迟延履行来说,

履行期限具有重要意义。合同明确规定有履行期限的,

债务人在履行

期限届满时未履行债务,

即构成迟延行。合同未明确规定履行期限的,

债权人应先催告债务人

履行,

债务人未在指定的期限内履行的,

构成迟延履行。

3.

不完全履行

不完全履行,

又称不完全给付或不适当履行,是指债务人虽然履行了债务,但其履行不符

合债务的本旨。与不能履行、

迟延履行、

拒绝履行相比,

不完全履行虽然履行不完全,

但尚有可

认为是履行的行为,

而不能履行、

拒绝履行等则属于无履行的消极状态。

关于不完全履行的种类,学说上分歧较大,本书赞同如下分类:(1)履行在数量上不完全。

这一般表现为履行在数量上有所短缺,

有时也包括数量的增多。(2)标的物的品种、

规格、

型号

等不符合合同规定,

或者标的物隐有缺陷。对这种不完全履行,

可由法律规定或受害人指定一

定期限,

允许债务人修补或另行给付。但在债务人不予修补或不予另行给付时,或者经债务人

的修补或另行给付仍达不到合同目的时,

可成为违约责任的构成要件。还应指出的是,

债务人

修补或者另行给付超过合理期限时,

又构成迟延履行。(3)加害给付。从广义上讲,加害给付

也属于不完全履行的第二种类型,

但它与一般的不完全履行在质量上不合格相比,给债权人造

成的损害比未履行还大,

同时它具有侵权行为的性质,

因此特别提出来加以讨论。所谓加害给

付,

是指履行对债权有积极的侵害,

也就是超过履行利益或于履行利益以外发生的其他会产生

损害的违约形态。加害给付具有侵权行为的性质,甚至于有人主张对它应适用侵权责任法的

规定。在这方面,

《合同法》第 3

0

4条第 2款规定,因托运人申报不实或者遗漏重要情况,造成

承运人损失的,

托运人应当承担损害赔偿责任。(4)履行方法的不完全。所谓履行方法,是指

实现履行目的的手段。履行方法的不完全,

如本应一次履行却分期履行,

本应选择最近的运输

路线却确定了较远的运输路线等。履行方法的不完全也是违约责任的构成要件。例如,《合同

法》第 3

0

0条规定,

承运人擅自变更运输工具而降低服务标准的,应当根据旅客的要求退票或

减收票款。(5)违反附随义务的不完全履行。这方面的例证有《合同法》

第 2

5

7条关于“承揽人

发现定作人提供的图纸或者技术要求不合理的,应当及时通知定作人。因定作人怠于答复等



原因造成承揽人损失的,

应当赔偿损失”的规定。

不完全履行和迟延履行并非截然分开,

有时会发生转化。不完全履行发生时,

守约方一般

会定合理期限令违约方采取消除缺陷或另行给付的补救方法。违约方未在该期限内消除缺陷

或另行给付的,

则构成迟延履行。

不完全履行也可能导致不能履行。对不完全履行采取消除缺陷和另行给付的补救方法, 如果不可能,

就可以构成不能履行。

不完全履行与否,

以何时为确定标准?应以履行期限届满仍未消除缺陷或另行给付时为

准。如果债权人同意给债务人一定的宽限期消除缺陷或另行给付,那么在该宽限期届满时仍

未消除缺陷或另行给付的,

则构成不完全履行。

4.

拒绝履行

拒绝履行,

是债务人对债权人表示不履行合同。这种表示一般为明示的,也可以是默示

的。例如,

债务人将应交付的标的物处分给第三人,

即可视为拒绝履行。

拒绝履行的责任要件,

其一应存在着有效的债务,其二应有不履行的意思表示,其三应有

履行的能力,

其四应为违法。债务人有权拒绝履行时,

如有同时履行抗辩权、

先诉抗辩权、不安

抗辩权、

时效完成抗辩权、

条件不成就、履行期限尚未届至等,行使这些权利或抗辩,不构成拒

绝履行。

一方面,

拒绝履行不同于迟延履行,因为迟延履行是于履行期届满时仍未履行,而拒绝履

行只要在履行期限届至时表示即可;另一方面,拒绝履行若一直持续到履行期限届满,则可转

化为迟延履行。

拒绝履行与不能履行不同,

拒绝履行是能够履行而表示不予履行,

而不能履行则是无能力

履行。

拒绝履行与不完全履行也不同,

拒绝履行是根本没有履行行为,

而不完全履行则是有履行

行为,

只是履行不完全。

违法的拒绝履行是违约责任的构成要件,

行使权利时的拒绝履行不引起违约责任。

5.

受领迟延

受领迟延,

又叫债权人迟延,

是指债权人没有接受债务人的履行,或没有为债务人履行债

务提供必要的协助。其构成需要具备以下要件:

(1)债务内容的实现以债权人的受领或其他协

助为必要;

(2)债务人依债务本旨提供了履行;(3)债权人受领拒绝或受领不能。所谓受领拒

绝,

是指对于已提供的给付,

债权人无理由地拒绝受领。所谓受领不能,是指债权人不能为给

付完成提供所必需的协助的事实,

包括受领行为不能及受领行为以外的协助行为不能,系属债

权人不为受领或协助的消极状态,

是否基于债权人的意思,

则在所不问。比如债权人于给付提

出时不在家或出外旅行或患病,

无行为能力人因欠缺法定代理人不能受领,纵令债权人于其他

时刻或在其他条件下得受领该给付,

仍不失为不能受领。

受领给付是债权人的权利还是义务,观点不一致。在现行法上,强调协作履行原则,债权

人有义务协助债务人履行债务,

因此,受领给付应为债权人的义务。同时,由于债权的本质不

仅仅在于请求债务人履行,

更在于取得履行的结果,

即在于给付受领权,

只有如此,

才使债权得

到满足。这样说来,

受领给付也应是债权人的权利,强调权利的一面,可以解释为债权人放弃

给付受领权,

导致抛弃债权的现象;注重义务的一面,则能解释现行法关于受领迟延可产生提



存等法律效果的规定,

乃至个别场合受领迟延构成违约责任的现象。

《合同法》没有规定受领迟延场合成立违约责任,但不妨碍当事人在合同中约定受领迟延

产生违约责任。

三、

过错

(一)过错的概念

违约责任有过错责任与无过错责任之分,

其中,

过错责任以过错为成立要件。关于过错的

认识,

观点不同。主观说认为,

过错是一种应受谴责的心理状态。客观说主张,过错是对注意

义务的违反。它是一个社会概念,

而不是一个道德概念。“过错并不要求存在着真正受责备的

行为,

它一般是以违反在特定条件下的社会要求来衡量的”。

〔

3

5

〕

主观说把过错建立在预见和预防自己行为的结果的可能性之上,强调过错在道德上的可

非难性,

行为无可指责便不为过错。这符合马克思主义的认识论和过错责任与教育作用之间

的关系,

因此具有合理性。所以不能完全否定主观说。客观说同样把过错分为故意和过失,其

中关于故意的理解与主观说的理解并无不同;关于过失的理解直接认定它为对注意义务的违

反。由于注意义务在法律上是明确的,

因而在判断过失的有无上便于操作,

这是合理的。对主

观说和客观说的合理成分均应加以肯定,

在理解过错时应吸收这些合理成分。据此,

应赞成这

样的表述:

故意是行为人明知其行为可能产生某种违法后果,却有意促成或不加防止该结果的

发生。过失是对注意义务的违反,

在对违反注意义务的理解上,

仍不应否认违反注意义务是行

为人的意志支配下的行为,

该行为应受道德的非难和法律的否定。某些客观说把过错与道德

评价截然分开,

认为过错并不一定是真正受责备的行为,这是不正确的。“因为一方面认为过

错违约责任有惩罚性质和教育作用,

另一方面又认为过错是不受责备的行为,显然是自相矛盾

的,

当事人不履行合同系因不可抗力等外界因素所致,对他加以惩罚,非但达不到教育他的目

的,

反而会激起他对法律的憎恶。只有在他有可指责之处时,‘只有当合同责任仅仅取决于过

错时,

才可能取得预期的教育效果’”。

〔

3

6

〕

(二)过错的判断标准与过错程度

过错的判断标准在不同的立法和不同的学说中存在着差异。罗马法所要求人们应尽到的

注意,

是足够的谨慎和勤勉。它是以行为人在一般行为准则的指导下对自己行为理解和控制

的能力为条件的,

所以,

对行为人有无此种能力,必须从两方面予以考察:一方面,从一般人的

角度看,

若按一般的理解能力他应当达到注意标准而他在行为时确实达到了,则无过失;另一

方面,

从行为人自己的角度看,

如果他的理解能力低于一般水平,

则无责任。就一般能力而言,

又有高、

中、

低之分,

依据注意标准的这些差别,罗马法上有轻过失与重过失之分,而轻过失又

有抽象轻过失与具体轻过失之别。

大陆法系基本上继承了上述思想,

依据注意程度把过失分为重大过失、

具体轻过失和抽象

〔

3

5

〕 Gy

u

l

aEo

r

s

i

,Co

n

t

r

a

c

t

u

a

lRe

me

d

i

e

si

nSo

c

i

a

l

i

s

tLe

g

a

lSy

s

t

e

ms

,Gu

e

n

t

e

rH.Tr

e

i

t

e

l

,Re

me

d

i

sf

o

rBr

e

a

c

ho

fCo

n

t

r

a

c

t

(Co

u

r

s

e

so

fAc

t

i

o

nOp

e

nt

oAPa

r

t

yAg

g

r

i

v

e

d),

I

n

t

e

r

n

a

t

i

o

n

a

lEn

c

y

c

l

o

p

e

d

i

aCo

mp

a

r

a

t

i

v

eLa

w,Mo

u

t

o

n,Th

eHa

g

u

e

,An

d

L.

B.

Mo

h

r

(Pa

u

lSi

e

b

e

c

k),Tü

b

i

n

g

e

n,

1

6

7(1

9

7

6).

(

3

6

〕崔建远:

“违约责任论”,

载《吉林大学社会科学学报》1

9

9

1年第 4期。

2

4



轻过失,

同时也承认故意这种过错形式。

在中国,

过错程度理论被简化了,把过错分为故意和过失,将过失再分为重大过失和一般

过失。故意是当事人明知其行为违反合同而仍为此行为。重大过失是当事人的行为未达到社

会的一般要求。一般过失是当事人的行为未达到社会的较高要求。

在判断过错的标准上,

有主观标准说、

客观标准说和主客观结合标准说的分歧。主观标准

说认为,

应依照行为人能否预见其行为会造成损害结果来决定其有无过错。如果他能够预见

其行为会引起违法后果,

那么当他们实施这种行为时便有过错。如果他无法预见其行为会引

起违法后果,

那么他就没有过错,

强调行为人的预见能力,基于具体情况判明行为人有无识别

能力,

而不是像认定行为能力那样统一认定有无意思能力,

这是主观标准说的优点。但它也有

缺点,

如虽然是完全民事行为能力人,但当他违反环境保护法的某些规则时,也可能被认定为

无过错,

因为他主观上确实不懂这些规则。这显然违背法律的根本精神,

不利于增强人们的法

制观念。客观标准说是依据社会一般人能否预见其行为会引起损害后果,来决定具体的行为

人实施其行为时是否有过错,

它能够克服主观标准说的缺点。但如果完全不考虑行为人的具

体情况,

会使那些识别能力低于社会一般人的水平的人也承担过错责任;相反地,又会使高于

标准水平的人免负过错责任。这也是违背法律的基本精神的。有鉴于此,应赞成主客观结合

的判断标准说。原则上以社会一般人的预见能力为标准,同时对每个具体的行为人还要考察

其识别能力,

如果某个具体的行为人的识别能力超出社会一般人的预见能力,就不应当还按社

会一般人的预见能力认定其过错;如果某个具体的行为人的识别能力低于社会一般人的预见

能力,

也不应当按社会一般人的预见能力认定其过错。鉴于在相当多的问题上,公民和法人的

预见能力的确不同,

如法人生产的新型产品性能如何,

使用方法怎样,

公民对此一般没有了解,

而法人却十分清楚,

如果不区别这些情况而用统一的标准判断过错的有无,很难得出正确的结论,

所以判断过错的标准因公民和法人场合应有不同。

(三)违约方自己的过错和他人过错

作为构成违约责任的过错,

一般是违约方不履行合同的过错。因为合同是基于当事人之

间的信赖而成立的,

是债权人与债务人之间的特别结合关系。在该关系中,一般来说,只有债务人向债权人负履行义务及附随义务,

其他第三人并不承担合同义务,因而不履行合同的过错

往往是当事人的过错,

即是自然之理。罗马法上所谓"无论何人均不得替他人约定",

就有这个

意思。违约方的过错,

在违约方为公民个人时,

就是他自己的过错;

在违约方为法人时,

是法人

机关在履行职务时的过错,

法人的一般工作人员在履行职责时的过错视为法人的过错。

〔

3

7

〕

应当看到,

构成违约责任所需要的过错,在近现代合同法上有时表现为第三人的过错,或

者说他人的过错。合同债务人为他人过错承担的违约责任,

叫“他人过错责任”。《合同法》第

1

2

1条关于“当事人一方因第三人的原因造成违约的,应当向对方承担违约责任。当事人一方

和第三人之间的纠纷,

依照法律规定或者按照约定解决”的规定,已经承认了这种责任。出现

这种现象的经济根源在于,随着社会化大生产的发展,市场主体之间的相互依赖关系日益增

强,

合同的履行不再总是完全通过债务人的行为进行,而往往需要借助第三人的行为协助完

成。于是,

债务人对因负有协助义务的第三人的过错造成的违约承担责任,

就成为保障交易安

〔
3
7
〕崔建远:
《合同责任研究》,
吉林大学出版社 1
9
9
2年版,
第 1
1
8~1
2
1页。
第十三章　违约责任
3
4
2
全,
维护合同效力的客观需要。
仅就《合同法》第 1
2
1条的文义观察,似乎凡是因第三人的行为造成的债务人不履行合同
的,

均应由债务人承担违约责任。例如,

演员甲依约赴剧场演出,

被第三人 A撞成重伤,

耽误了

演出。依《合同法》第 1

2

1条的规定,甲仍须向剧场承担违约责任。这显然有失公平。有鉴于

此,

应当限缩《合同法》第 1

2

1条规定的适用范围,

将某些第三人行为造成的债务人不履行的合

同排除于该条的适用范围。这也从另外角度反映出《合同法》采取无过错责任原则不尽妥当。

从立法论的角度来讲,

只能在第三人与债务人有密切关系,如第三人负有协助义务等情况下, 才可成立“他人过错责任”。

(四)过错推定

在现代合同法上,

作为构成违约责任要件的过错是推定的,即当违约行为发生时,法律直

接推定违约方有过错。不过,

这种推定允许违约方举证其无过错而予以推翻。如果违约方不

能举证其无过错,

则法律就推定违约方有过错并认定他应承担违约责任。原来由守约方举证

违约方有过错的责任便消失了,而代之以违约方举证自己无过错。这就是

所谓“举证责任倒

置”或称“举证责任转换”。

在违约责任中,

实行过错推定是必要的,因为负有提供劳务、商品和完成工程项目等义务

的债务人,

在最后履行合同债务之前,

要进行一系列的准备工作、

生产经营活动,

他在其中各个

环节中是否有过错,

最后的违约是否因其过错所致,债权人难以证明。不实行过错推定,债权

人又证明不了债务人对其违约有过错,就不能追究债务人的违约责任。而实行过错推定就会

使局面改观,

能够周到地保护无过错的当事人的合法权益,

便于及时解决纠纷。给无过错的当

事人这种周到的保护也符合合同关系的性质的要求,因为合同关系乃当事人之间的特别结合

关系,

双方基于诚实信用原则均负有相互照顾、

保护等项附随义务。这决定了不履行合同除了

因不可抗力及其他意外事故外,

其他情况下常有过错。

在实行过错推定的情况下成立的违约责任,就是过错推定责任。这种责任虽然仍属于过

错责任,

但它与一般的过错责任还是有区别的:

(1)在一般的过错责任的情况下,

实行“谁主张,

谁举证”的原则,

受害人请求违约方承担违约责任的,必须就违约方具有过错提出证据并加以

证明。但在过错推定责任场合,

则无须受害人举证违约方有过错,违约方欲不负违约责任,需

要他举证自己无过错。(2)在一般的过错责任场合,

过错程度有时对违约责任的大小及有无具

有意义。如在无偿合同中,

一般过失可能不产生责任;在买卖合同中,故意违约可能导致较重

的违约金责任。但在过错推定责任的情况下,

由于过错是被推定的,

过错本身就具有一定的或

然性和盖然性,

因此过错程度就更难确定,

也没有必要确定。

由于实行过错推定,

违约方要举证自己无过错从而免责,这相当困难,因而有人认为过错

推定责任可视为无过错责任。但实际上,

这两者是有本质区别的:

(1)从责任的性质上说,

无过

错责任不在于对违约行为的谴责与否定,

不好说具有惩罚性;而过错推定责任仍是对过错违约

的谴责与否定,

具有惩罚性。(2)从归责原则上看,

过错推定责任仍属于过错责任原则的范畴,

违约方可以举证其无过错而得以免责;

而无过错责任已超越了过错责任原则,并在一定程度上

缩小了过错责任原则的适用范围,

违约方即使能够举证自己无过错,

也不能免除其责任。(3)从

与责任保险制度的配合看,

无过错责任需借助于责任保险制度来将不幸损害向社会分散,以实

现其合理分配不幸损害的基本思想;

过错推定责任的基本思想,既在于对过错违约的谴责与否



定,

又在于补偿受害人的损失,

而不在于通过责任保险制度向社会分散损失,

所以,

过错推定责

任并不倚重以责任保障制度为实际基础。

## 第五节　免责条件与免责条款

一、

免责条件

《合同法》虽然采取了无过错责任原则,但这并不意味着违约方在任何情况下均须对其违

约行为负责。在法律规定有免责条件的情况下,

当事人不承担违约责任;

在当事人以约定排除

或限制其未来责任的情况下,

也可能不承担违约责任或只需承担一部分违约责任。

所谓免责条件,

指法律明文规定的当事人对其不履行合同不承担违约责任的条件。中国

法律规定的免责条件,

主要有不可抗力、

货物本身的自然性质、

货物的合理损耗、

债权人的过错

等。其中,

不可抗力是普遍适用的免责条件,

其他则仅适用于个别场合。

(一)不可抗力

关于不可抗力的理解,

主要有三种学说。其一,

主观说。该说认为,

运输业者和旅店业者,

对于因其使用人或顾客的行为造成的损失虽负结果责任,但是由自然发生的事件,虽尽最大注

意尚不能避免时,

则不负责任。不可抗力就是虽尽最大注意也不能防止其发生的事件, 是不负

责任事由。其二,

客观说。该说认为,不可抗力的存在与否,应当与当事人有无过错的问题完

全分离,

应该纯粹从客观方面来分析。不可抗力有质的要件和量的要件两种要素构成。第一

个要件必须是不属于当事人的原因而发生的事故;第二个要件必须是在交易上通常不发生的

事故,

即超常发生的事故,

是以巨大的势力发生的事故。其三,

折中说。该说认为,

主观说和客

观说均有片面性,

应该把二者加以折中。关于质的要件,必须是当事人以外的原因发生的事

故;

关于量的要件,

在一定程度上应当考虑当事人有无过错。现代民法学说都比较倾向于折中

说,

但在区分自然事件和人为事件的罗马法上和区分不可抗力和通常事变的大陆法系上,不可

抗力在质的要件上要求得严格一些,即属于当事人外部原因的第三人行为等不再划归不可抗

力,

而是归属于人为事件或叫通常事变的范畴。

〔

3

8

〕

《民法通则》第 1

5

3条规定:

“本法所称的‘不可抗力’,

是指不能预见、

不能避免并不能克服

的客观情况。

”可见,

《民法通则》对不可抗力的理解采取了折中说。《合同法》第 1

1

7条第 2款

完全复述了《民法通则》的规定。

但应注意的是,

要求不可抗力必须同时具备不能预见、不能避免和不能克服三项因素,有

时会出现不适当的结果,

宜视个案变通处理,

即有的仅仅具备两项要素即可。

(二)货物本身的自然性质、

货物的合理损耗

《合同法》第 3

1

1条规定,

承运人能证明运输过程中货物的毁损、灭失是不可抗力、货物本

身的自然性质或合理损耗造成的,不承担损害赔偿责任。这一免责条件的理论依据主要是衡

〔

3

8

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

2

9页。



平思想,

即平衡承运人与货主之间的利益关系,由货主负担货物本身的自然性质、货物的合理

损耗所造成的损失。

〔

3

9

〕

(三)债权人的过错

因债权人的过错致使债务人不履行合同,

债务人不负违约责任,

现行法对此作明文规定的

并不鲜见。《合同法》第 3

1

1条规定,由于托运人、收货人的过错造成运输过程中的货物毁损、

灭失的,

承运人不负损害赔偿责任。

债权人的过错造成的损失,

不由债务人负责赔偿,

这在保管合同中也有体现。《合同法》第

3

7

0条规定,

寄存人交付的保管物有瑕疵或按照保管物的性质需要采取特殊保管措施,但未将

该情况告知保管人的,

保管人不承担由此而生的损害赔偿责任。在这里,

不知有关情况属于寄

存人有过错,

是保管人不负责任的条件。

债权人有过错时,

债务人不承担责任,这在《保险法》中规定得较多。例如,投保人故意不

履行如实告知义务的,

保险人对于保险合同解除前发生的保险事故,不承担赔偿或给付保险金

的责任,

并不退还保险费(第 1

6条第 4款)。

对债权人的过错造成的损失,

债务人不负违约责任,

也体现在与有过失方面。如《合同法》

第 1

2

0条规定的双方违约、

第 1

1

9条规定的减轻损失规则。

债权人的过错这一免责条件的主要理论依据,是基于履行障碍的风险由造成障碍者承担

的思想。也就是说,

债权人制造了履行障碍,即债权人因其过错致使债务人不能履行合同,因

而应由债权人自食其果。

〔

4

0

]

二、

免责条款

(一)免责条款的概念分析

免责条款,

就是当事人以协议排除或限制其未来责任的合同条款。具体来说,其一,免责

条款是合同的组成部分,

是一种合同条款。它既然是一种合同条款,

就必须是经当事人双方同

意的,

应具有约定性。不可抗力、

货物本身的自然性质、货物的合理损耗、受害人的过错等,虽

然也排除或限制民事责任,

但它们是法定的,

因而不是免责条款,

而是免责条件。其二,

免责条

款的提出必须是明示的,

不允许以默示的方式作出,

也不允许法官推定免责条款的存在。其他

合同条款虽然大多也以明示方式作出,但有的却可以默示或推定的方式表示其存在。如房屋

租赁合同终止后,

承租人继续交纳房租,出租人未附加条件地受领之,便推定房屋租赁合同延

长了租期。其三,

免责条款旨在排除或限制未来的民事责任。除非免责条款未成为合同的组

成部分,

或虽然成为合同条款但被确认为无效,

一般它具有排除或限制未来责任的作用。具有

免责功能,

这是免责条款最重要的属性,

是其区别于其他合同条款的明显特征。

〔

4

1

〕

“免责”只是一种概括的命名。其实,

在不同的免责条款中,

免责的含义不尽相同。有的条

款之免责,

是完全排除当事人未来的民事责任,

如某些商店和个体工商户在其柜台或摊位上醒

目地标明“货经售出,

恕不退换”,

即属此类。有的条款之免责,

是限制当事人的未来责任,

即部

〔

3

9

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

3

1页。

〔

4

0

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

3

3页。

〔

4

1

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

3

4页。

6

4

2 合同法(第六版)

分免责,

一般是受害人同意接受以特定方法计算的、不超过一定数额的有限赔偿。例如,电报

单中关于“电报在投递处理过程中,由于邮电局的原因,造成电报稽延或错误,以致失效的,邮

电局应按规定退还报费,但不承担其他赔偿责任”的免责条款,即属此类。

〔

4

2

〕有的条款之免

责,

只是排除或限制违约责任,

而不免除侵权责任。前述商店关于“货经售出,恕不退换”的免

责条款,

即属此类。有的条款之免责,不论违约责任还是侵权责任,均在排除或限制之列。有

的条款之免责,

是排除或限制民事责任;

有的条款却只是免除单纯的合同债务。后者如财产保

险单明确免除因战争、

军事行动、

被保险人的故意行为等致保险财产以损害的赔偿责任,该责

任并非是不履行合同债务所产生的违约责任,

而是保险合同债务本身。

〔

4

3

〕

免责条款并非一律有效,

有的免责条款是无效的,不能发挥免责的作用。这样,免责条款

又有无效的免责条款和有效的免责条款之分。

(二)免责条款有效的前提

免责条款有效以它成为合同的组成部分为前提,或者说以它成为合同条款为先决条件。

只有免责条款成为了合同的组成部分,

才谈得上免责条款的控制及解释。

判断免责条款是否已成为合同的组成部分,因它是属于个别商议条款还是格式条款而有

差异。个别商议条款及其合同若以口头形式表现,

该免责条款是否成为合同的组成部分,

必须

对当事人交涉的内容以及意思表示加以判断,需要由主张免责条款已成为合同条款者举证证

明。个别商议条款及其合同若采取书面形式订立,

免责条款必须载于合同文本之上,

并经当事

人双方签字或盖章,

才能成为合同的组成部分。总之,

适用《合同法》总则关于合同订立的规定

和《民法通则》关于法律行为的规定。

免责条款以格式条款的形式表现时,

判断它是否已成为合同条款,

适用格式条款成为合同的

组成部分的规则,

这已在本书第三章“合同的订立”第六节“附合缔约”中详述,

此处不再赘述。

(三)免责条款的有效与无效

免责条款成为合同的组成部分,

并不意味着它一定有效。确定免责条款是否有效,

是立法

控制、

行政控制和司法控制的重要任务,

也是理论研究的重要课题。

在现行法上,

确定免责条款有效和无效的最根本的法律依据,

是《民法通则》第 7条规定的

公序良俗原则,

第 6条规定的守法原则,

第 4条规定诚实信用原则。《合同法》承继了这些原则

(第 6条、

第 7条等)。也就是说,

如果民事责任的成立及其实现是为保护公序良俗的要求所必

需,

是法律坚决谴责和否定侵权或违约的表现,

那么免除这类民事责任的条款无效。如果民事

责任的成立及实现主要关系到当事人之间的利益分配,对保护公序良俗来说虽然需要,但作用

相对较小,

即使允许当事人以协议排除或限制,

也无碍大局,

甚至是必要的风险分配,

那么法律

就可以承认这类免责条款有效。当然,

免责条款的类型和性质不尽相同,

确定免责条款有效抑

或无效的根据及标准也有所差异,

需要具体分析。

〔

4

4

〕

1.

基于现行法的规定确定免责条款有效抑或无效

免责条款以意思表示为要素,

以排除或限制当事人的未来责任为目的,

因而属于一种法律

〔

4

2

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

3

4页。

〔

4

3

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

3

5页。

〔

4

4

〕 崔建远:

“免责条款论”,

载《中国法学》1

9

9

1年第 6期。

2

行为,

应受《合同法》第 4

0、

4

7、

4

8、

5

1~5

4条的规定调整。也就是说,一方以欺诈、胁迫的手段

将免责条款订入合同,

损害国家利益时无效;

双方当事人恶意串通,

免责条款损害国家、

集体或

第三人的利益时无效;

免责条款损害公序良俗时无效;免责条款违反法律、行政法规的强行性

规定时无效;

免除造成对方人身伤害的责任的条款无效;免除因故意或重大过失造成对方财产

损失的责任的条款无效;

等等。免责条款因重大误解订入合同时可被撤销,

免责条款显失公平

时亦然,

但应注意的是,

如果其中存在着无效的原因时,仍按无效处理。载有免责条款的合同

系因限制行为能力人订立,

或无权代理人订立,

或无处分权人订立的,

法定代理人、

被代理人和

权利人不予追认时无效。

〔

4

5

〕

2.

基于风险分配理论确定免责条款有效或无效

有些免责条款不是对国家强制性的否定,不是对法律谴责和否定违约和侵权的态度的藐

视,

而是在既有的价格、

保险等机制的背景下合理分配风险的措施,

是维护企业的合理化经营,

平衡条款利用人、

相对人乃至一般第三人之间利益关系的手段。这类免责条款应该有效。例

如,

在保险合同中,

免责条款的存在并有效与保险费的制定根据有密切关系,保险费的高低取

决于保险费率的大小,

保险费率的大小又以危险的损失概率的大小为依据,危险的损失概率的

计算又与是否舍去某些危险类型有关。现代各国立法采用的危险损失概率的计算方法,一般

都舍去了战争、

投保方的故意行为等危险类型,除非特设将这些危险类型包括在内的险种,其

制定的保险费就必须有免责条款和法定免责条件相配合,才会合理。如果不承认免责条款和

免责条件,

保险公司为维持其合理化经营就必须提高保险费。但这样一来,

便增添了投保人的

负担,

甚至带来投保人提高产品价格的后果,从而会加重消费者的负担。而承认免责条款有

效,

则能兼顾保险公司、

投保人、

广大消费者各方的利益平衡。当然,

如果保险公司超出其合理

化经营的需要,

提出不合理的免责条款,

则不能获得法律的保护。

〔

4

6

〕

又如,

在供用电、

建设工程等合同中,“许多合同条款都起着分配风险的作用,并由此决定

着谁在实际上投保以防御风险”,

〔

4

7

〕

如果不承认这类免责条款有效,

那么合同标的价格就会是

另外一种状况,

实际上的投保人也会易人,对于当事人双方的利益分配来说,结果是一样的。

这样的免责条款应该有效,

除非违反法律的强行性规定。

〔

4

8

〕

3.

根据过错程度确定免责条款有效或无效

《合同法》第 5

3条规定,

免除故意或重大过失所生责任的条款无效。因为故意或重大过失的

违约或者侵权是应受谴责和否定的行为,

于此场合所成立的民事责任是法律谴责和否定这类行为

的重要标志,

表明了国家法律坚决不允许这类行为存在的态度和决心。这类过错责任的成立及实

现,

对于淳化社会主义道德风尚,

使人们树立正确的是非观念,

督促义务履行和保障权利实现,

维

护社会秩序的稳定,

都是不可或缺、

举足轻重的,

因而原则上不允许当事人以协议排除或限制之。

当然,

如果免除重大过失所生责任确系为合理分配风险所必需,

则可以考虑免责条款有效。

〔

4

9

〕

一般过失行为虽然也是被谴责和否定的,但它对社会秩序、社会公德的损害比较轻微,主

〔

4

5

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

4

3~1

4

4页。

〔

4

6

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

4

4页。
〔
4
7
〕Ch
e
s
h
i
r
e
,Fi
f
o
o
ta
n
dFu
r
ms
t
o
n’sLa
wo

fCo
n
t
r
a
c
t
,Bu
t
t
e
r
wo
r
t
h
s
,1
7
0(1
1t
he
d.
,1

9

8

6).

〔

4

8

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

4

5页。

〔

4

9

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

4

6页。



要涉及当事人之间的事情,

因而,

法律对这类行为的否定性评价可以建立在尊重权利人意愿的

基础之上。也就是说,

责任是否免除取决于权利人的意思:权利人主张责任的实现,法律坚决

支持;

权利人同意免除责任,

法律就予以尊重,

除非其同意不是真实的。不过,

如果一般过失行

为已构成根本性违约,

使合同的目的落空,又非合理分配风险所必需,则免除这类一般过失行

为所生责任的条款仍应无效。

〔

5

0

〕

无过错责任主要是合理分配不幸损失的补救方法,

即使按无过错责任的传统含义理解,也很难说它也是法律对违约或侵权的否定性评价。如此,免除无过错责任的条款,便属于权利人同意抛弃责任利益问题,而不涉及藐视法律对过错行为进行否定性评价的态度。按照自愿原则的精神,只要免责条款不违反权利人的真意,不违反法律的明文规定,就应认定为有效。〔51〕应当看到,在格式条款中,免除无过错责任的条款是否有效应从严掌握。《合同法》第40条规定,提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效。在

不考虑该条应当限缩适用的问题时,它用在消费者合同中是正确的。因为中国是社会主义国

家,

对消费者的合法权益更应侧重保护,因而在消费者为一方的格式合同中,中国法应规定免

除瑕疵担保责任的条款无效。

〔

5

2

〕

4.

根据违约的轻重确定免责条款有效或无效

根本性违约,

又叫严重违约,

它使合同目的落空,

在违约方过失的情况下,

必须坚决加以否

定,

不允许当事人以协议免除根本性违约所生的违约责任。不然,

就意味着允许条款利用人订

立合同欺骗相对人,

至少是怂恿债务人不适当履行合同。至于某些轻微的违约,

可以允许当事

人设立免责条款,

但如果违约方故意或重大过失地违约,即使违约后果不严重也不允许当事人

以协议免除由此而生的违约责任。

〔

5

3

〕

5.

根据善意、

恶意确定免责条款有效或无效

法释[2

0

1

2]8号第 3

2条规定:

“合同约定减轻或者免除出卖人对标的物的瑕疵担保责任,

但出卖人故意或者因重大过失不告知买受人标的物的瑕疵,出卖人主张依约减轻或者免除瑕

疵担保责任的,

人民法院不予支持。

”这借鉴了《合同法》第 1

5

1条关于“买受人订立合同时知道

或者应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的,出卖人不承担本法第一百五十条规定的义

务”的规定,

贯彻了法律不保护恶意之人的原则,

值得赞同。

第六节　违约责任与侵权责任的竞合

一、

责任竞合概说

(一)规范竞合问题

现代法律均为抽象性规定,

并从各种不同角度规范社会生活,

因而时常发生同一事实符合

〔

5

0

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

4

6页。

〔

5

1

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

4

6页。

〔

5

2

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

4

7页。

〔

5

3

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

4

7页。

第十三章　违约责任

9

4

2

数个规范的要件,

致使这些规范都可以适用的情况,

学说上称为规范竞合。有的规范竞合发生

在不同的法律领域,

比如驾车撞人致死,一方面构成刑事责任,同时又成立民事责任。这两种

责任在目的、

作用等方面均有差异,

两者互不排斥,

因此这两种责任均可适用。对此,

中国法律

是明确承认的。比如,

《民法通则》第 1

1

0条规定:

“对承担民事责任的公民、

法人需要追究行政

责任的,

应当追究行政责任;

构成犯罪的,

对公民、

法人的法定代表人应当依法追究刑事责任。

”

第 1

3

4条第 3款规定,

人民法院审理民事案件,

除判令行为人承担民事责任外,“还可以予以训

诫、

责令具结悔过、

收缴进行非法活动的财物和非法所得,并可以依照法律规定处以罚款、拘

留”。

有的规范竞合也可以发生在同一法律领域,比如行为人实施的违法行为符合多种民事责

任的构成要件,

从而导致多种民事责任或责任方式的成立。其中,

有的是多种民事责任方式可

以并存,

受害人均可以向行为人请求,称为民事责任的聚合。比如违约场合的强制履行、支付

违约金乃至赔偿(迟延)损害三种责任方式并用。现行法对此是承认的,《民法通则》第 1

3

4条

第 2款关于“承担民事责任的方式,

可以单独适用,

也可以合并适用”的规定,《侵权责任法》第

1

5条第 2款也设有类似的规定,

确立了民事责任聚合的一般原则。

(二)民事责任竞合

与上述民事责任聚合不同的是民事责任竞合,指的是同一违法行为虽然符合多种民事责

任的构成要件,

可以成立几种民事责任,

但受害人只能选择其中之一而为请求。民事责任竞合

在实践中最常见的当属违约责任与侵权责任的竞合。在传统民法上,这两种责任都以赔偿损

失为内容,

因此债权人不能双重请求,只能主张其一,以防其获得不当得利。这种现象被称为

违约责任与侵权责任的竞合。

对于违约责任与侵权责任的竞合,

《合同法》第 1

2

2条作了概括性的规定,

此类竞合经常发

生于买卖、

承揽、

建设工程、

货运、

租赁、

仓储、

赠与、

技术开发和技术服务等合同场合。

有必要指出的是,

由于《合同法》规定违约责任的方式包括继续履行、支付违约金、赔偿损

失(第 1

0

7条等),

把退货、

减少价款或酬金作为瑕疵担保的救济方式(第 1

1

1条等),

《侵权责任

法》规定侵权责任的方式包括停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产、恢复原状、赔偿损失、

赔礼道歉、

消除影响、

恢复名誉(第 1

5条第 1款)。可见,

违约责任与侵权责任并非单纯地以赔

偿损失为内容。在这种背景下,所谓违约责任与侵权责任的竞合,实质上是指损失赔偿的竞

合,

而非停止侵害、

排除妨碍、

消除危险、

返还财产、

恢复原状、

赔礼道歉、

消除影响、

恢复名誉等

侵权责任方式与支付违约金、

继续履行等违约责任方式的竞合,

亦非停止侵害、

排除妨碍、

消除

危险、

返还财产、

恢复原状、

赔礼道歉、

消除影响、

恢复名誉等侵权责任方式与退货、

减少价款或

酬金等瑕疵担保救济方式的竞合。因而,在个案中,如某买卖合同中,守约方欲请求违约方承

担继续履行、

支付违约金的责任,

或者主张违约方减少价款或要求退货,就只能以《合同法》第

1

0

7条等规定及该买卖合同的约定作为依据,而不得以《侵权责任法》的有关规定作为请求权

的基础。此其一。违约责任以外的债务不履行责任也可能与侵权责任竞合。此其二。若严格

按照侵权责任成立于固有利益受到侵害场合的通说,个案中会发生违约责任和侵权责任的聚

合。此其三。

二、

区分违约责任与侵权责任的实际益处

违约责任和侵权责任之间存有诸多差异,使得对这两种责任竞合问题进行进一步研究具



有重大价值和实际意义。

(一)构成要件方面

首先,

《合同法》采取了无过错责任原则,

违约责任构成上总的来说并不要求违约人具有过

错,

只要没有免责事由,

违约方就要承担违约责任。而对于侵权责任,中国民法上有过错责任

和无过错责任两类。在过错责任场合,

受害人要对侵权行为人的过错进行举证,

通常并不适用

举证责任倒置。因此,

如果发生责任竞合,

可以看出主张违约责任在其构成上更为容易。

其次,

在《侵权责任法》上,无过错责任计有产品责任、危险责任、环境污染责任、饲养的动

物致人损害责任、

监护人对无行为能力人或限制行为能力人致人损害的责任、紧急避险场合的

无过错责任、

相邻关系中的无过错责任等。如果发生与违约责任的竞合,

则两者均不要求举证

过错,

不过,

两者在其他方面仍然存在差异。

侵权行为虽然有时并不需要损害这个要素,

但在通常情况下,

只有存在损害后果才能构成

侵权行为,

所引起的侵权责任也自然以损害为构成要件。与此不同,

违约责任的成立不一定以

损害为要件,

只有赔偿损失时才以损害为成立要件,而违约金责任、强制履行责任等均不以损

害为构成要件。

(二)举证责任方面

违约责任原来采过错责任原则,

对过错采用举证责任倒置的办法;

在改采无过错责任原则

以后,

就连举证责任倒置也不需要了,只要债权人证明债务人不履行就可以了,至于债务人是

否具有免责事由,

则由他自己举证。在侵权责任场合,如果是过错责任,则要求受害人举证加

害人具有过错。在《侵权责任法》上,

过错推定仅为个别现象,

比如《民法通则》第 1

2

6条规定的

搁置物、

悬挂物致人损害时所有人或者管理人的民事责任。

如上所述,

对于损害,

在侵权责任场合通常要求受害人举证证明其存在;而在违约责任场

合,

一般仅在债权人要求赔偿损失场合,

始有必要证明损害的存在,

在其他责任方式场合,

一般

并不需要证明损害的存在。

(三)赔偿范围方面

《合同法》第 1

1

3条第 1款规定:

“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约

定,

给对方造成损失的,

损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获

得的利益,

但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造

成的损失。

”此外还有减轻损害规则(第 1

1

9条)、

双方违约及与有过失规则(第 1

2

0条)、

当事人

约定(第 1

1

4条)和法律直接规定(第 3

1

1条)等限制。

按《侵权责任法》第 6条及其他规定和理论,侵权责任的赔偿范围原则上包括直接损失和

间接损失。侵害他人人身权益并造成严重精神损害的,按照《侵权责任法》第 2

2条的规定,还

需要进行精神损害赔偿;不法行为造成他人残疾的,依第 1

6条中段规定,不但应当赔偿医疗

费、

护理费、

交通费等为治疗和康复支出的合理费用,还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔

偿金;

不法行为造成他人死亡的,

按第 1

6条后段规定,

赔偿范围还要扩张至丧葬费和死亡赔偿

金。《最高人民法院关于适用侵权责任法若干问题的通知》(法发[2

0

1

0]2

3号)第 4条规定:

“人民法院适用侵权责任法审理民事纠纷案件,

如受害人有被抚养人的,

应当依据《最高人民法

院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第二十八条的规定, 将被抚养人生活

费计入残疾赔偿金或死亡赔偿金。

”

第十三章　违约责任

1

5

2

在侵权责任的赔偿范围上,

现行法并没有采纳可预见性规则。

在特殊情况下,

现行法规定了惩罚性损害赔偿(法释[2

0

0

3]7号第 8条、第 9条;《消费者

权益保护法》第 5

5条),

有的是违约责任,

有的是侵权责任。

(四)诉讼时效方面

因侵权行为所产生的请求权,按《民法通则》第 1

3

5条规定,诉讼时效期间一般为 2年;但

因身体受到伤害而产生的赔偿损失的请求权,

按《民法通则》第 1

3

6条第 1款规定,

诉讼时效期

间为 1年;

因环境污染提起的损害赔偿,

依《环境保护法》第 6

6条规定,

诉讼时效期间为 3年。

因违约而产生的请求违约方承担违约责任的权利,

按《民法通则》第 1

3

5条规定,

诉讼时效

期间一般为 2年;

但出售质量不合格的商品不声明、延付或拒付租金、寄存财物被丢失或损毁

三种情况下,

按《民法通则》第 1

3

6条第 2款至第 4款,

诉讼时效期间为 1年。不过,

依《产品质

量法》第 4

5条第 1款规定,

因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为 2年。另外, 因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或申请仲裁的,按《合同法》第 1

2

9条规

定,

诉讼时效期间为 4年。

(五)责任方式方面

侵权责任的方式包括停止侵害、

排除妨碍、

消除危险、

返还财产、

恢复原状、

赔偿损失、

赔礼道

歉、

消除影响、

恢复名誉(《侵权责任法》第 1

5条第 1款),

其中有财产责任,

也有非财产责任。违约

责任为财产责任,

计有继续履行、

支付违约金、

赔偿损失、

价格制裁(《合同法》第 6

3条、

第 1

0

7条等)。

(六)免责条款的效力方面

法律一方面允许当事人就其民事责任以特别约定加以排除或限制,另一方面又对当事人

约定的免责条款加以规制,

以期在当事人之间实现相对的实质公平。相对而言,

免除违约责任

的条款较之免除侵权责任的条款更容易被法律所承认。

正因为违约责任与侵权责任存在着上述不同,所以,受害人主张何种责任,直接关系到他

的切身利益。例如,

在违约金数额高于实际损失、诉讼时效期间尚未届满时,受害人请求违约

方承担违约责任就极为有利。又如,

出卖人交付的产品质量虽不合格,

但产品保证期限刚刚届

满,

视为产品质量符合合同规定的情况下,

买受人主张违约责任,

只能陷于败诉的境地;

而请求

出卖人承担侵权责任,

则会胜诉。再如,如果合同中规定有免除一般过错责任的条款,该条款

又为法律所承认,

那么,

受害人主张违约方负违约责任,

就极可能陷于败诉的境地;

而请求违约

方承担侵权责任,

就极有可能成功。既然受害人有时主张违约责任有利,

有时请求侵权责任更

好,

那么法律应该赋予他选择权,

承认责任竞合,以达到侧重保护无辜受害人的合法权益的目

的。

〔

5

4

〕

三、

违约责任与侵权责任竞合的处理

违约责任与侵权责任的竞合,

从受害人享有的请求行为人承担责任的权利的角度看,

也是

一种请求权竞合。这个问题是民法学上数百年来争论不休的著名问题,因时而别,因国而异, 如何解决,

至今仍无定论。

〔

5

4

〕 崔建远:

《合同法》,

法律出版社 1

9

9

8年版,

第 2

3

8~2

3

9页。

2

5

2　合同法(第六版)

(一)三种基本理论

1.

法条竞合说

法条竞合的概念,

最先在刑法学上确立,指对于同一事实均具有数个规范的要件,这些规

范之间具有位阶关系,

或为特别关系,

或为补充关系,

或为吸收关系,

而仅能适用其中一种规范

的情形。这一概念后来被引用到了民法学上,

认为债务不履行乃侵权行为的特别形态,

侵权行

为是违反权利不可侵犯这一一般义务,而债务不履行系违反基于合同而产生的特别义务。因

此,

同一事实具备侵权行为和债务不履行的要件时,依特别法优先于普通法的原则,只能适用

债务不履行的规定,

因而仅发生合同上的请求权,无主张侵权行为请求权的余地。在 1

9世纪

末 2

0世纪初期,

德国有些学者主倡此说,

但在今日,

几乎没有什么人赞成此说了。法国的判例

学说至今仍倾向法条竞合说,

这与法国民法关于侵权责任采概括规定的做法,具有密切关系。

在日本学说上,

此种法条竞合说亦为许多学者所主张。

2.

请求权竞合说

请求权竞合说认为,

一个具体事实,具备侵权行为与债务不履行的要件时,应就各个规范

加以判断,

所产生的两个请求权独立并存。细分之,请求权竞合说又有两种理论:一为请求权

自由竞合说,

二为请求权相互影响说,它们的内容有相当大的差异。请求权自由竞合说认为, 基于侵权行为和债务不履行所生的两个请求权独立并存,

在成立要件、

举证责任、

赔偿范围、

抵

销、

时效等方面,

均就各个请求权加以判断。对这两个请求权,

债权人不妨择一行使,

其中一个

请求权若已达目的而消灭时,

则另一请求权固随之消灭,但若其中一个请求权因已达目的以外

的原因而无法行使,

如因时效而消灭,

则另一请求权(时效较长者)仍然存在。另外,由于两个

请求权彼此独立,

债权人可以分别处分,或让与不同的人,或自己保留其中之一而将另外一个

让与他人。

〔

5

5

〕 请求权相互影响说认为,两个请求权可以相互作用,合同法上的规定可以适用于

基于侵权行为而发生的请求权,反之亦然。其根本思想在于克服了因承认两个独立请求权相

互作用所发生的不协调或矛盾。

3.

请求权规范竞合说〔56〕

请求权竞合说支配德国判例学说数十年,

但近来却备受批评。在此方面,

贡献最大的为权

威民法学者拉伦茨(La

r

e

n

z

)教授。拉伦茨教授一方面剖析请求权竞合说的缺点,另一方面则

建立了一种新的理论,

强调一个具体生活事实符合债务不履行和侵权行为两个要件时,并非产

生两个独立的请求权,

本质上只产生一个请求权,

但有两个法律基础,

一为合同关系,

二为侵权

关系。

(二)三种法的模式

就立法态度而言,

对违约责任与侵权责任的竞合大致采取了三种模式,即禁止竞合模式、

允许竞合模式和有限制的选择诉讼模式。

禁止竞合模式以法国民法为代表。法国民法认为,只有在没有合同关系存在时才产生侵

权责任,

在违约场合只能寻求合同补救的方法。法国最高法院一再宣称,

合同履行中的过错行

为不适用侵权行为法规范。不过,

法国法也承认例外:犯罪行为、故意或重大过失不履行合同

〔

5

5

〕 王泽鉴:

《民法学说与判例研究》(第 1册),

中国政法大学出版社 1

9

9

8年版,

第 3

7

8页。

〔

5

6

〕 王泽鉴:

《民法学说与判例研究》(第 1册),

中国政法大学出版社 1

9

9

8年版,

第 3

7

9页以下。

第十三章　违约责任

3

5

2

的、

医师在治疗上的过失之类的存在职业上过失场合,以及运输合同或者保管合同中原告对加

害人的过失能够举证场合。

〔

5

7

]

允许竞合模式以德国民法为代表。德国帝国法院在一个判例中指出:

“判例法确认合同责

任和侵权责任可以并存的观点……不侵犯他人人身的法定义务无人不负,无处不在,并不取决

于受害人和被告之间是否存在合同关系。因此,合同当事人和陌生的受害人一样受到民法典

第 8

2

3条的保护。

”

有限制的选择诉讼制度为英国法的模式。英国法认为,责任竞合的解决制度只是某种诉

讼制度,

它主要涉及诉讼形式的选择权,而不涉及实体法上的请求权的竞合问题。不仅如此, 英国法对于上述选择之诉原则还规定了严格的适用限制:第一,选择之诉需要当事人之间存在

着有偿合同关系,

无偿借用人不得向出借人就具有表面瑕疵的出借物而提起合同之诉。第二, 英国普通法奉行合同相对性原则,

合同当事人以外的第三人不能提起合同之诉,只能提起侵权

之诉。第三,

当事人的疏忽行为和非暴力行为造成财产损失时,不构成一般侵权行为。例如, 房主切断电源,

雇主未按约向工人提供梯子造成伤害,均可视为违约行为。第四,在英国和美

国司法实践中,

还存在着另一项更实际的原则:

只有在被告既违反合同法,

又违反侵权行为法,

并且后一种行为即使在无合同关系存在的情况下也构成侵权行为时,原告才具有包含双重诉

因的诉权。但是由于法律并没有对这些原则进一步加以解释,从而造成司法实践中的困难。

例如,

如何区分间接非暴力行为或非暴力行为与侵权行为,

就是很难解决的法律问题。

(三)中国法的选择

法条竞合说过于偏重逻辑推演,

而忽视价值判断及当事人之间的利益衡量,

其所得出的违

约责任排斥侵权责任的结论,

往往不利于受害人。而在这种场合,恰恰应该侧重保护受害人。

“法律之适用,

非纯为概念逻辑之推演,实系价值评断及当事人间利益之衡量。再从此项观点

以论,

亦不宜认为契约责任当然排除侵权责任,否则将产生不利于债权人(被害人)之严重后

果,

此在侵害他人身体或者健康之情形最为显著”。

〔

5

8

〕中国民法的确应着眼于宏观利益与当事

人利益之间是否协调,

当事人之间的利益分配是否衡平,

民事责任的惩罚性和补偿性是否得以圆

满实现。据此,

中国民法不应把违约行为一律视为侵权行为的特别形态,

也不宜把合同法看作侵

权行为法的特别法,

因而不能依据特别法优先于普通法的原则来解决违约责任与侵权责任的竞合

问题,

以免剥夺受害人的选择权。实际上,

同一个违反民事义务的行为,

既符合违约行为的要件,

又构成侵权行为时,

受害人主张违约责任抑或侵权责任,

都有法律依据,

自然应该允许受害人选

择,

只是不能双重请求罢了。

〔

5

9

〕《合同法》已经明文规定了违约责任与侵权责任的竞合(第 1

2

2

条)。

(四)责任竞合制度适用方面的限制

中国法承认违约责任与侵权责任的竞合,并不意味着完全放任当事人选择请求权而不作

任何限制。如果法律直接规定,

在特定情形下只能产生一种责任,排除责任竞合的发生,那么

〔

5

7

〕[日]半田吉信:

“责任竞合论”,

载北川善太郎先生还历纪念《契约责任之现代诸相》(上卷),东京布井 1

9

9

6年版,

第 1

7

1页。

〔

5

8

〕王泽鉴:

《民法学说与判例研究》(第 1册),

中国政法大学出版社 1

9

9

8年版,

第 3

8

6页。

〔

5

9

9

〕崔建远:

“民事责任三论”,

载《吉林大学社会科学学报》1

9

8

7年第 4期。

4

5

2　合同法(第六版)

就应遵守法律的这种规定。即便法律没有明文,就其立法目的应予限制责任竞合的,亦应限

制。中国现行法关于赠与物瑕疵担保责任的设计即为一例证,

对此,

详细分析如下:

在甲将赠与物交付与乙,乙因该物的隐蔽瑕疵受到伤害的情况,通常符合《民法通则》第

1

0

6条第 2款及第 1

1

9条所规定的侵权责任的构成。但是,按照《合同法》第 1

9

1条的规定,赠

与的财产有瑕疵的,

赠与人不承担责任(第 1款前段)。赠与人故意不告知瑕疵或保证无瑕疵,造成受赠人损失的,

应当承担损害赔偿责任(第 2款)。可知赠与人对其不知的隐蔽瑕疵给受

赠人造成的损害不负责任,

只有在赠与人故意不告知瑕疵或保证无瑕疵时,才会承担责任,才

会与侵权责任的产生同样处理。显然,

《合同法》坚持对于赠与人持宽容的态度,

而《民法通则》

关于侵权责任的构成则没有如此考虑问题,在这样的情况下,其允许当事人任意选择,并以选

择侵权责任作为请求权基础,

如此就使得《合同法》的上述规定形同虚设了。为了贯彻法律宽

恕无偿奉献者的精神,

于此场合,

必须优先适用《合同法》第 1

9

1条的规定,

限制竞合。〔60〕另外应该指出的是,有些法院在处理责任竞合案件时,过于僵硬,并不符合责任竞合的处理精神。例如,对交通事故、医疗事故以及产品责任案件,均按侵权责任案件处理,不允许受害人主张违约责任。这些都不符合利益衡量的要求,应予修正,改采竞合理论。

## 第七节　强 制 履 行

### 一、强制履行的概念分析

#### (一)强制履行的含义

强制履行,《合同法》叫做继续履行(第107条等),学说上又称强制的实际履行或特定履行,是指在违约方不履行合同时,

由法院强制违约方继续履行合同债务,使守约方尽可能地取得约定的标的的违约责任方式。

(二)强制履行的法律性质

强制履行虽然是合同履行的继续,仍然是在履行原合同债务,但它同一般的履行合同债务的行为不同:

一是履行时间不一致,[61]

强制履行的时间晚于履行原合同债务的时间;二是作为法律规定的对违约方的一种强制形式,强制履行比正常的合同履行增加了国家强制性,在违约方过错违约的情况下,多了一种道德和法律对过错违约的否定性评价。强制履行属于违约责任的方式,而不是单纯的合同债务的履行。[62]

结合程序法观察,

《合同法》中的继续履行,

表现为“直接强制”,其方式因债务的具体内容

的不同而有差异,

其通常适用的对象,

比如交付金钱、财物、票证、房屋土地等(属于所谓“与的

债务”范畴);

至于其是否包括“代替执行”和“间接强制”,看法不一。所谓代替执行,是指由债

〔

6

0

〕 崔建远:

“论违约的精神损害赔偿”,

载《河南省政法管理干部学院学报》2

0

1

1年第 1期。

〔

6

1

〕 Gu

e

n

t

e

rH.Tr

e

i

t

e

l

,Re

me

d

i

e

sf

o

rBr

e

a

c

ho

fCo

n

t

r

a

c

t

(Co

u

r

s

e

so

fAc

t

i

o

nOp

e

nt

oaPa

r

t

yAg

g

r

i

e

v

e

d
),I
n
t
e
r
n
a
t
i
o
n
a
lEn
c
y
-
c
l
o
p
e
d
i

ao

fCo

mp

a

r

a

t

i

v

eLa

w(Ch

a

p

t

e

r1

6),Mo

u

t

o

n

,Th

eHa

g

u

e

,a

n

dJ

.

C.

B.Mo

h

r

(Pa

u

lSi

e

b

e

c

k

),Tü

b

i

n

g

e

n

,3(1

9

7

6).

〔

6

2

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

7

1页。



权人或第三人代替债务人履行债务,使债权内容获得实现,相关的费用由债务人负担的方法。

它主要适用于“为的债务”中可由第三人代为的债务。所谓间接强制,是指若债务人于一定的

期间内未履行债务,

则法院命令其支付一定的金钱,以此对债务人的心理施加压力,间接地使

债权的内容获得实现的方法。

〔

6

3

〕 本书认为,代替执行符合继续履行的要求,而间接强制则与继

续履行尚有段距离。

强制履行是同解除合同完全对立的补救方法,

主张强制履行就不能请求解除合同,

主张解

除合同就不能请求强制履行。

〔

6

4

〕

二、

强制履行的构成要件

强制履行的构成要件如下:

1.

存在违约行为。如果没有违约行为的发生,

那么此时仅涉及债务履行问题,

债权人有履

行请求权,

债务人有履行债务的义务,尚属第一次义务阶段,谈不上作为第二次义务的强制履

行问题。就违约形态而言,

通常是迟延履行、不完全履行以及拒绝履行,如果将债权人迟延作

为一种债务不履行看待,

尚包括债权人迟延;

而在履行不能场合,

则不会发生强制履行责任。

2.

须有守约方请求违约方继续履行合同债务的行为。如果守约方不请求违约方继续履

行,

而是将合同解除,

便不可能产生强制履行责任。另外,

是否强制履行由守约方选择,

取决于

守约方的意思,

法院不能以职权代当事人作出此种选择。守约方的请求,

一般应当明示地通知

违约方,

但通过主张抵销等行为,

也应视为请求违约方继续履行。

3.

须违约方能够继续履行合同。如果合同已经不能履行,

则无论是事实上的不能,还是法

律上的不能,

都不应再有强制履行责任的发生。否则,

无异于强债务人所难,

于理于法,

均有不

合。

三、

强制履行的表现形态

(一)限期履行应履行的债务

在拒绝履行、

迟延履行、

不完全履行诸情况下,

守约方可以提出一个新的履行期限,

即宽限

期或称延展期,

要求违约方在该履行期限内履行合同债务。例如,

按合同规定交付标的物或支

付价款,

补交不足部分的货物或价款,

补交应交付的有关证明文件、

技术资料、

备用部件以及其

他附件等。

(二)修理、

重作、

更换

如果债务人交付的标的物或提供的工作成果虽不合格,

但债权人仍需要的,

则可以适用修

理、

更换或重作(参照《合同法》第 1

1

1条),

可称为“补救的履行请求”(其对应的概念称“本来

的履行请求”),

〔

6

5

〕

属于《合同法》第 1

0

7条规定的“采取补救措施”的一个组成部分,并属于强

〔

6

3

〕 [日]林良平、

石田喜久夫、

高木多喜男:

《债权总论》(改订版),
青林书院 1
9
9
0年版,
第 1
0
1页;[日]本城武雄、宫本
健藏:
《债权法总论》(第 2版),
嵯峨野书院 2
0
0
1年版,
第 5
2~5
3页。
〔
6
4
〕 S
e
eGu
e

n

t

e

rH.Tr

e

i

t

e

l

,Re

me

d

i

e

sf

o

rBr

e

a

c

ho

fCo

n

t

r

a

c

t

(Co

u

r

s

e

so

fAc

t

i

o

nOp

e

nt

oaPa

r

t

yAg

g

r

i

e
v
e
d
),I
n
t
e
r
n
a
t
i
o
n
a
lEn
-
c
y
c
l
o
p

e

d

i

ao

fCo

mp

a

r

a

t

i

v

eLa

w(Ch

a

p

t

e

r1

6),Mo

u

t

o

n

,Th
eHa
g
u
e
,a
n
dJ
.C.B.Mo
h
r
(Pa
u
lSi
e
b
e
c
k),Tü
b
i
n
g
e

n

,6

(1

9

7

6).

〔

6

5

〕韩世远:

《合同法总论》,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 7

1

0页。

6

5



制履行的范畴。修理,

是指交付的合同标的物不合格,有修理可能并为债权人所需要时,债务

人应债权人的请求消除标的物的缺陷的补救措施;更换,是指交付的合同标的物不合格,无修

理可能,

或修理所需要的费用过高,

或修理所需要的时间过长,

违反债务的本旨的场合,

债务人

应债权人的请求而另行交付同种类同质量同数量的标的物的补救措施;重作,是指在承揽、建

设工程等合同中,

债务人交付的工作成果不合格,不能修理或修理所需要的费用过高,债务人

应债权人的请求而重新制作工作成果的补救措施。在合同法理论上,更换和重作又叫另行给

付,

修理又称消除缺陷。

〔

6

6

〕

四、

不适用强制履行的情形

金钱债务,

不发生不能履行问题,为各国和地区的通例,故理论上总能适用强制履行。而

非金钱债务,

则有时会构成不能履行。按照《合同法》第 1

1

0条的规定,

以下几种情形不适用强

制履行:

(一)不能履行

按照《合同法》第 1

1

0条第 1项的规定,

不论是法律上的不能履行还是事实上的不能履行,

均使合同失去标的,

失去意义,

合同必须消灭,

而不是也不能强制履行。

(二)债务的标的不适于强制履行或履行费用过高

《合同法》第 1

1

0条第 2项规定,

“债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高”的,

债权

人无权请求债务人实际履行,

只能请求债务人支付违约金或赔偿损失等。

所谓债务的标的不适于强制履行,

是指债务的性质不宜强制履行。在诸如委托合同、技术

开发合同、

演出合同、

绘画合同等合同中,

受托人履行委托事项的债务,

技术开发方依约定开发

技术的债务,

演员的表演债务,

画家依约完成绘画的债务等,

具有人身专属性,

不能够由其他人

代替履行,

因此在性质上决定了此类债务不适于强制履行。否则,对债务人人身施以强制,将

使违约责任恢复其原始的人身责任性质,

与现代社会以人格尊重、人身自由受到保护的基本价

值,

显有违背。

所谓履行费用过高,

是指若要对标的物强制履行,

代价太大。比如为履行合同专门进口一

台设备,

花的代价远远超过合同本身的价值。立法者考虑到这样会使债务人为了履行合同而

付出很大代价,

而支付违约金或者赔偿损失的代价相对较小,因此为了平衡双方的利害关系, 规定履行费用过高的也不适于强制履行。

与此不同的是,

生产厂家作为出卖人没有按照合同约定交付货物,

买受人请求它继续交货

的,

这属于出卖人的正常业务,并没有增加新的负担给出卖人,因此不得视为履行费用过高。

即使是合同签订后,

货物涨价了,

买受人请求出卖人交付合同约定的货物,

仍按约定价款结算,

也不得认定为履行费用过高。

(三)债权人在合理期限内未要求履行

《合同法》第 1

1

0条第 3项之所以规定“债权人在合理期限内未要求履行”这一要件,实际

上是想以此督促债权人及时主张权利,行使其履行请求权。如果债权人并不积极行使其履行

请求权,

待一段很长的时间后始主张强制履行,则对于债务人未免不公,从利益衡量的角度出

〔

6

6

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

8

0~1

8

1页。

第十三章　违约责任

7

5

2

发,

对债权人主张强制履行的权利应作适当的限制,以尽早结束债务人责任承担方式不确定的

状态。《德国民法典》第 2

5

0条所规定的“逾越回复期后以金钱赔偿损害”,实际上与此有着相

同的道理。《国际商事合同通则》第 7.

2.

2条亦有类似的规定。

《合同法》第 1

1

0条第 3项规定的“债权人在合理期限内未要求履行”,是指债权人在合理

期限内从未向债务人请求过,

如果在此期限内请求过,哪怕只请求过一次,债务人就无权援用

《合同法》第 1

1

0条第 3项的规定,

抗辩债权人关于继续履行(实际履行)的请求权。

所谓合理期限,

是一个不确定的概念,

最终要由法院在个案中具体地加以判断确定。认定

合理期限,

需要考虑合同的种类和性质、

债务的种类和性质、

交易习惯或惯例、

当事人双方的意

思等因素。所谓债权人在合理期限内要求债务人履行(继续履行),可有种种表现形式:(1)债

权人在合理期限内直接请求债务人继续履行;

(2)债权人在合理期限内通过诉讼或仲裁的方式

请求债务人继续履行;

(3)债权人于合理期限内在诉讼中就继续履行提起反诉,或在仲裁中提

出反请求;

(4)债权人在合理期限内提起诉讼或申请仲裁,

或者提起反诉或反请求,

直至判决书

或裁决书作出,

于此期间,

只要债权人就债务人继续履行问题没有相反的意思表示,就都应视

为债权人在请求债务人继续履行;

(5)债权人和债务人就继续履行事项进行协商,甚至就履行

原债务问题达成了新协议;

(6)债务人支付了部分货款或交付了部分货物,也表明他(它)有继

续履行的意思,

尤其是在合理期限届满的情况下债务人支付了部分货款或交付了部分货物,更

应认定债务人有继续履行的意思。合同标的物是种类物的,如广州本田汽车、学生课桌、钢厂

生产的钢坯等,

出卖人没有依约交货,

买受人请求出卖人继续交货的合理期限,

应当相对宽松,

不宜动辄以债权人未在合理期限内要求债务人履行论处。当然,该期限的长度不得超过诉讼

时效期间。

〔

6

7

〕

《合同法》第 1

1

0条第 3项规定的合理期限,不是诉讼时效期间,也不是除斥期间,而是权

利失效期间(失权期间)。期间届满时,

债权人未请求债务人继续履行的,

便丧失了请求债务人

继续履行的权利,

只能改为请求支付违约金或赔偿损失等。如果超过了诉讼时效期间, 连请求

债务人支付违约金或赔偿损失的权利也会因债务人的时效抗辩而无法得以实现。

(四)不适用强制履行的其他情形

除以上由《合同法》明文规定的不适用强制履行的情形外,

学说解释上认为,

还有一些情形

也不适用强制履行,

具体包括:

(1)法律明文规定不适用强制履行而责令违约方只承担违约金

责任或赔偿损失责任。例如,

货运合同的场合,承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损

害赔偿责任(参照《合同法》第 3

1

1条前段),而不负强制履行责任。(2)因不可归责于当事人

双方的原因致使合同履行实在困难,如果实际履行则显失公平。例如,适用情事变更原则时, 往往不成立强制履行。

〔

6

8

〕

五、

强制履行与有关责任方式的关系

(一)强制履行与赔偿损失的关系

《合同法》在“违约责任”一章,

并列地规定了强制履行、赔偿损失、违约金等责任方式。在

〔

6

7

〕崔建远:

“对合同法第 1

1

0条第 3项的理解”,

载《人民法院报》2

0

0

8年 1

0月 1

6日。

〔

6

8

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

8

7页。

8

5



它们之间,

尚不能以法律规定的先后次序而认为它们之间有适用上的先后次序,而是需要根据

个案确定其适用次序。对此,

详述如下:

1.

在不得适用强制履行的情况下,

强制履行被排除在适用的范围之外,

守约方只能请求违

约方赔偿损失或支付违约金,

或者一并请求赔偿损失和支付违约金。

2.

在可以适用强制履行、

守约方决定请求违约方继续履行的情况下,

不宜优先适用赔偿损

失的违约责任方式。其原因在于,强制履行与否直接影响到守约方的损失数额。违约方尚未

继续履行时,

守约方的损失正好是违约行为给他造成的损失。违约方若继续履行完毕,守约方

的损失数额就会随之降低,

甚至完全消失。既然如此,优先适用强制履行的方式,可较为准确

地计算出守约方的损失数额。

假如优先适用赔偿损失的责任方式,

损失的确定是违约行为给守约方造成的全部损失,

那

么,

再适用强制履行,

就使守约方获得了“不当得利”,而这是不被允许的。如果不让守约方获

得“不当得利”,

又优先适用赔偿损失的责任方式,

则损失的确定就是估计的,

很可能十分不当。

优先适用强制履行方式,

情况会彻底改观。

3.

如果合同的标的物涉及个人品位或情感,

比如买卖艺术作品或传家之宝的合同,

也许就

不可能用金钱来计算守约方的期待利益,

〔

6

9

〕

在这些情况下,违约方继续履行不违反现代伦理,

同时其也有履行能力时,

守约方请求强制履行,

应当得到支持。

4.

如果违约导致的损害无法被确定地估算出来,那么,损害赔偿就不能够充分保护守约

方的期待利益。在这种情况下,损害赔偿金就只能是名义性的,而这无论如何不能充分地弥

补损失。〔70〕在这些情况下,

美国的法院常常提供衡平法救济,

〔

7

1

〕

中国法也应当准予强制履行。

5.

由于填补赔偿具有替代实际履行的功能或目的,强制履行与填补赔偿二者不能同时

并存。与此不同,迟延赔偿,旨在补偿受害人因迟延而实际遭受的损失,如利息损失,它并不

具有替代实 际 履 行 的 功 能,故 而 在 保 护 受 害 人 方 面,可 与 强 制 履 行 可 并 行 不 悖,同 时 存

在。

6.

依据《合同法》第 1

1

4条第 3款的规定,

强制履行和支付迟延履行的违约金可一并请求。

于此场合,

守约方不得再主张赔偿损失。

(二)强制履行与合同解除的关系

1.

强制履行和合同解除的目的相悖,

因而两种救济方法是相互排斥的。

2.

《合同法》第 1

1

0条第 3项关于债权人在合理期限内未要求履行的,不得再请求债务人

继续履行的规定,

从合同含有死亡的基因终究得消灭的角度看,就是合同可以解除,尽管债务

人不履行合同尚未达到根本违约的程度。由此看来,所谓《合同法》上的违约解除一律以根本

违约为条件的观点,

不太符合《合同法》第 1

1

0条第 3项规定的意旨。

3.

总的来说,

《合同法》第 1

1

0条本身是针对强制履行的,并不属于合同解除制度的范畴,

但它在与合同解除制度相联系的时候,

便作为合同解除的特别原因(或曰条件,或曰事由),或

〔

6

9

〕Mo

r

r

i

sv.Sp

a

r

r

o

w,

2

8

7S.

W.

2d5

8

3(Ar

k.

1

9

5

6);

[美]E.

艾伦·范斯沃思:《美国合同法》,葛云松、丁春艳译,中国

政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 7

6

8页。

〔

7

0

〕 [美]E.

艾伦·范斯沃思:

《美国合同法》,

葛云松、

丁春艳译,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 7

6

8页。

〔

7

1

〕[美]E.

艾伦·范斯沃思:

《美国合同法》,

葛云松、

丁春艳译,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 7

6

9页。

第十三章　违约责任

9

5

2

与《合同法》第 9

3条第 2款相结合,

或与《合同法》第 9

4条第 1项相联系,或与《合同法》第 9

4

条第 4项相联系,

或与《合同法》分则中或其他单行法中的解除规定相联系。

(三)强制履行与价格制裁的关系

价格制裁,

是对执行政府定价或政府指导价的合同当事人,

因一方迟延履行并遇到政府价

格调整时,

应在原价格和新价格中选择对违约方不利的那种价格的责任方式(参照《合同法》第

6

3条)。构成价格制裁,

需要有迟延履行的事实,同时需要恰逢政府价格调整。价格制裁类似

于惩罚性违约金,

它与强制履行在目的、

性质方面不同,

因而可以并存。

〔

7

2

〕

另外,

强制履行与违约金的关系,

见本章第九节“违约金责任”中的叙述。

## 第八节　赔 偿 损 失

一、

### 赔偿损失概述

(一)赔偿损失的概念

赔偿损失,亦称损害赔偿,是指债务人不履行合同债务时依法赔偿债权人所受损失的责

任。

(二)赔偿方法

损害赔偿的方法,

存在着回复原状主义、

金钱赔偿主义和法院裁量主义。

〔

7

3

〕所谓回复原状

主义,

是指赔偿责任的承担使受害人回复到损害发生前的原状。例如,

夺取物件,

应予返还;毁

损物件,

则应修补或给付同种同质的物品;

诋毁他人,

应当回复名誉。

〔

7

4

〕回复原状,有的是将以

前的物理状态照样再现,

但更多的是回复到与以前有同一价值的状态。此种立法主义的优点

在于其符合损害赔偿的目的,

缺点在于有不少的情形存在不能回复原状或回复困难的情形,再

就是在债权人不需要标的物时,

回复原状于其不利。所谓金钱赔偿主义,

是指以金钱估价损害

而赔偿受害人的损失。

〔

7

5

〕其优点在于,对于各种损害均能以金钱赔偿,简洁易行;缺点在于,计

算损害很难做到准确,

且仅为间接填补,

并非直接填补,与损害赔偿的目的有所出入。

〔

7

6

〕所谓

法院裁量主义,

是指由法院裁量究竟以金钱赔偿受害人的损失还是回复其原状。

〔
7
7
〕
《合同法》上的赔偿损失,
是指金钱赔偿,即使包括实物赔偿,也限于以合同标的物以外的
物品予以赔偿。这样认定的理由在于,
《民法通则》第 1
3
4条规定的返还财产、
恢复原状、
修理、
重作、
更换等责任方式,
是作为不同于赔偿损失的责任方式而独立存在的。返还财产属于行使
物权请求权的表现,
同赔偿损失在性质、
效力和范围方面均有不同。修理、
重作、
更换则属于强
〔
7
2
〕 崔建远:

《合同责任研究》,
吉林大学出版社 1
9
9
2年版,
第 1
8
9~1
9
1页。
〔
7
3
〕 孙森焱:
《民法债编总论》(上册),
法律出版社 2
0
0
6年版,
第 3
6
8页。
〔
7

4

〕《德国民法典》(第 2

4

9~2

5

1条)、

《奥地利民法典》(第 1

3

2

2条)以及中国台湾地区“民法”(第 2

1

3条)原则上采此

种回复原状的立法主义。

〔

7

5

〕罗马法、

法国法、

英美法、

日本民法(第 4

1

7条、

第 7

2

2条)均采此种主义。

〔

7

6

〕 张龙文:

《民法债权实务研究》,

汉林出版社 1

9

7

7年版,

第 7

8页以下。

〔

7

7

〕 瑞士债务关系法采纳此种主义。

0

6

2 合同法(第六版)

制履行范围,

与赔偿损失不属于同一类。

〔

7

8

〕

(三)迟延赔偿与填补赔偿

违约损害赔偿,

可区分为迟延赔偿和填补赔偿。前者产生于履行迟延场合,

是与本来的给

付一并请求的损害赔偿,

这种迟延赔偿被解释为对本来给付的扩张。填补赔偿以履行不能场

合产生的损害赔偿为典型,

是代替本来给付的损害赔偿。

〔

7

9

〕

应当说明的是,

债务人未于履行期履行债务,

固然构成迟延,

债务人拒绝履行、

不完全履行

的状态一直延续至履行期届满,

也属于这里所谓的迟延。所以,

这里所谓的迟延赔偿包含部分

拒绝履行、

不完全履行的状态一直持续到履行期届满,且合同尚未解除,所形成的损害赔偿。

瑕疵给付场合的损害赔偿额,

只要能够弥补守约方因违约方给付的瑕疵而导致的损失即可。

〔

8

0

〕

这种分类的法律意义在于,

延迟赔偿可以与继续履行并罚,

而填补赔偿不再与继续履行并

罚。

二、

赔偿损失的构成

作为违约责任的赔偿损失,

其构成要件包括以下几点:

违约行为、

受害人受有损害、

违约行

为与损害之间有因果关系、

违约人没有免责事由。违约行为及免责事由,已作论述,以下仅就

损害和因果关系问题加以论述。

(一)损害的概念与种类

1.

损害的概念

损害差额说(Di

f

f

e

r

e

n

z

h

y

p

o

t

h

e

s

e

,

亦称利益说)可区分为广义的和狭义的两种。前者认为,

损害,

或曰损失,

是财产或法益所受的不利益,

亦即受害人对该特定损害事故的利害关系,

亦为

受害人因该特定损害事故所丧失的利益,该利益乃受害人的财产状况于损害事故发生前后之

差。这是统一的损害(损失)概念,不区分财产损害和非财产损害。

〔818〕狭义的差额说,乃始于德国学者蒙森(Mommsen)于1855年发表的著名论文《利益之理论》,经由温德沙伊德(Winds-cheid)的阐发,而被《德国民法典》接受了的损害理论。在狭义的差额说看来,损害,或曰损失, 是被害人对该特定损害事故的利害关系,亦即被害人因该特定损

害事故所损失的利益。该项

利益,

依狭义的差额说,

是被害人的财产状况于损害事故发生前后的财产的差额。

损害差额说具有如下特色:

其一,以被害人总财产的变动来衡量损害是否存在及其大小;

其二,

损害事故本身所造成的“损害”并无独立的地位;

其三,

所谓“利益”乃被害人对该损害事

故的利害关系;

其四,

以“主观”来判断损害。

〔

8

2

〕

损害差额说虽为迎合完全赔偿制度之旨趣而为德国百年来的权威学说,对其批判却如影

随形从未间断。

〔

8

3

〕 其一,差额说的抽象的决定方法,对于非财产损害难以计算,只好依自由心

〔
7
8
〕崔建远:
《合同责任研究》,
吉林大学出版社 1
9
9
2年版,
第 1
9
2页以下。
〔
7
9
〕韩世远:
《违约损害赔偿研究》,
法律出版社 1
9
9
9年版,
第 1
0页。
〔

8

0

〕[美]E.

艾伦·范斯沃思:

《美国合同法》,

葛云松、

丁春艳译,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 7

8

5页。

〔

8

1

〕林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 2

6

9页。

〔

8

2

〕 林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 2

6

9页。

〔

8

3

〕 详细论述,

参见曾世雄:

《损害赔偿法原理》,

中国政法大学出版社 2

0

0

1年版,

第 1

2

0页以下。



证。

〔

8

4

〕 其二,由于“损害”本身无独立地位,一旦前后财产无差额时,即无损害可言。例如,甲

盗窃乙的歌剧院的演出票,

待表演完毕后归还,

此时对乙而言,

其财产并无差额变动,

显然不公

平。其三,

主观判断易生争执。例如,甲的古画被毁,单价 5

0万元,甲却认为该幅古画在其总

财产中占 1

0

0万元。

〔

8

5

〕

为克服差额说的不足,

有新学说出现了。其中,

现实的损害说(组织说)最引人注目。主张

该说的学者,

彼此之间在观点上并不完全一致,

用语也不统一,

但都以构成现实的损害说(组织

说)为共通之处。该说强调真实损害、直接损害。所谓损害,乃交易中以金钱取得或出售的财

物所受的侵害,

如侵权行为发生损害赔偿时,损害即指直接被毁标的物所受的损害,此损害即

直接损害,

应当予以客观的估定。也就是说,直接损害在任何情况下均应予以填补,至于直接

损害以外的损害,

应当利用差额说衡量所得超出直接损害的差额,亦可获得赔偿,只是该项赔

偿仅占次要地位。组织说以实际上的差额为前提,将直接损害作为损害赔偿的最低额。组织

说的缺陷在于,

它分割了损害观念,

还有,

损害并非绝对发生于对“物”的损害,

也可能加诸于权

利人的整体财产。

〔

8

6

〕

差额说系以自然之损害概念(Na

t

ü

r

l

i

c

h

e

rSc

h

a

d

e

n

s

b

e

g

r

i

f

f

)为基础的理论。所谓自然之损害

概念,

系从一般日常用语出发,

将损害理解为权利主体(受害人)因法益遭受侵害而产生的不利

益。

〔

8

7

〕 相当于自然之损害概念,另有所谓的“规范之损害概念”(No r

ma

t

i

v

e

rSc

h

a

d

e

n

s

b

e

g

r

i

f

f

)。

此说认为,

应从法律规范意旨理解损害的意义,故损害事故发生后,受害人的财产总额虽未出

现计算上的差额,

但如依据法律规范的意旨,应认为受害人受有损害,仍应承认受害人的损害

赔偿请求权。德国联邦法院于若干案件类型中采取规范之损害概念,中国台湾“最高法院”亦

然。

〔

8

8

〕

2.

损害的种类

(1)财产上的损害与非财产上的损害

财产上的损害,

是指于赔偿权利人在财产上所发生的损害,

凡一切财产上不利益的变动均

在其中。它不但包括财产的积极减少,而且包括财产的消极不增加。反之,非财产上的损害, 是指赔偿权利人在财产之外所受的损害。它又包括精神损害和身体损害。身体损害,会衍生

出精神损害,

以及医疗费等财产损害。

关于身体损害本身,

为医学、

社会学等学科解决的问题,民法鞭长莫及。由身体损害衍生

的财产损害,

只要属于违约方在订立合同时应当预见到的,

依据《合同法》第 1

1

3条第 1款的规

定,

应当得到赔偿。

关于精神损害应否获得抚慰,

各国立法例的规定不一致;

至于对违约是否得提起精神损害

赔偿的请求,

见解更是不一,

大多数的立场对此持慎重的态度,

因为这类损害十分主观,

又无市

〔

8

4

〕 韩世远:

《合同法总论》,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 7

1

9~7

2

0页。

〔

8

5

〕 林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 2

6

9页。

〔

8

6

〕 林诚二:

《民法债编总论—

—

—体系化解说》,

中国人民大学出版社 2

0

0

3年版,

第 2

6

9页。

〔

8

7

] F

i

s

c

h

e

r

,De

rSc

h

a

d

e

nn

a

c

hd

e

m BGB,

1

9

0

3,§.

1,

v

g

l

.La

n

g

e/

Sc

h

i

e

ma

n

n

,Sc

h

a

d

e

n

s

e

r
s
a
t
z
,3.
Au
f
l
.
,2
0
0
3,§1IS.
2
7.
转引自詹森林:
“侵权责任之损害概念—
—
—幽灵之‘实际报告’”,载《海峡两岸民法典学术研讨会》(2
0
1
0年),第 3
页。

〔88〕詹森林:《侵权责任之损害概念——幽灵之“实际报告”》,载《海峡两岸民法典学术研讨会》(2010年),第3~4页。



场价值,此外也有非财产之法益(如人格权、名誉等)被过度“商业化”而漫无边际,以致无法予以规范控制的危险。

〔89〕中国现行法对违约行为导致的精神损害可否请求赔偿,意见不一。

〔90〕这是由于立法在此问题上规定不明确所致。在司法实践上,有的判决似乎应该说承认了债务不履行时的非财产损害赔偿,或者说至少可以从客观立场方面作这样的解释。〔91〕如此,我们应勇敢地突破原有成见,在学说上承认对违约场合非财产上损害的赔偿,并进而在理论上对其谋求正当化和系统化。〔92〕应该注意到,在一些国际性的立法文件中,明确承认了在违约责任上对非财产损害的赔偿。〔93〕

《合同法》中虽然没有明确使用非财产损害或精神损害的用语,但有的条文规定已为此留

有解释的余地(参见第 1

1

2条)。另外,第 1

2

2条肯定了违约责任与侵权责任竞合。这些规定

并没有排斥对非财产上损害的赔偿。

(2)履行利益、

信赖利益与维持利益

履行利益,

又叫期待利益,

或曰积极利益,是指有效成立的合同正常履行使债权人获得的

利益。债务人不履行此类合同项下的义务而发生的损失,

就是履行利益的损失。例如,

买卖合

同订立后,

出卖人履行合同,

买受人因而可获得的利益。履行利益赔偿的效果,合同即如同被

履行一样。

信赖利益,

也叫消极利益,

从反面界定即为信赖利益的损失,是指合同不成立、无效、被撤

销或不被追认,

相对人信赖其为有效,

却因合同不成立、

无效、

被撤销或不被追认的结果所蒙受

的不利益。例如,

依据房屋买卖合同,

买受人在调查出卖人的房屋及其权属方面支出了费用或

错过了订立其他类似合同的机会。我们可判给买受人损害赔偿以消除他因信赖出卖人的允诺

而遭受的损失,

目的是使买受人恢复到合同成立前的处境。

〔

9

4

〕 务必注意,即使合同有效,也有

信赖利益的问题。例如,

守约方可能已经因信赖合同而改变了状况,

如为了准备履行或已为给

付而发生了支出。

〔

9

5

〕 有判例和学说称之为守约方因为有合同的存在而投入的金钱,是守约方

因信赖有此合同而花费但因对方违约而浪费的费用。

〔

9

6

〕在这种情况下,法院可能试图让守约

方的状况回复到如同合同没有订立时一样。以此种方法计算的利益被称为信赖利益。

〔

9

7

〕

维持利益,

亦称固有利益或完全性利益,从反面界定即为维持利益的损失,是指因违反保

〔

8

9

〕马维麟:

“损害赔偿法之原理”,

载《法学丛刊》1

9

9

6年第1

6

1期。

〔

9

0

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 1

9

6~1

9

7页。

〔

9

1

〕“艾新民诉青山殡仪馆丢失寄存的骨灰损害赔偿纠纷案”,

载《人民法院案例选》(总第 5辑),

人民法院出版社 1

9

9

3

年版,

第 8

3~8

6页;

“马立涛诉鞍山市铁东区服务公司梦真美容院美容损害赔偿纠纷案”, 载《人民法院案例选》(总

第 7辑),

人民法院出版社 1

9

9

4年版,

第 8

9~9

0页;

“肖青、

刘华伟诉国营旭光彩色扩印服务部丢失交付冲印的结婚

活动照胶卷赔偿纠纷案”,

载《人民法院案例选》(总第 1

1辑),

人民法院出版社 1

9

9

4年版;

“王青云诉美洋达摄影有

限公司丢失其送扩的父母生前照片赔偿案”,

载《人民法院案例选》(总第 2

6辑),

人民法院出版社 1

9

9

6年版。

〔

9

2

〕韩世远:

“非财产上损害与合同责任”,

载《法学》1

9

9

8年第 6期;

崔建远:

“论违约的精神损害赔偿”,

载《河南省政法

管理干部学院学报》2

0

0

8年第 1期;

崔建远:

“精神损害赔偿绝非侵权法所独有”,

载《法学杂志》2

0

1

2年第 8期。

〔

9

3

〕 例如,

《国际商事合同通则》第 7.

4.

2条,

《欧洲合同法原则》第 9:

5

0

1条。

〔

9

4

〕 [美]L.

L.

富勒、

小威廉·R.

帕杜:

《合同损害赔偿中的信赖利益》,

韩世远译,

中国法制出版社 2

0

0

4年版,

第 6页。

〔

9

5

〕 [美]E.

艾伦·范斯沃思:

《美国合同法》,

葛云松、

丁春艳译,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 7

5

2页。

〔

9

6

〕 杨良宜:

《损失赔偿与救济》,

法律出版社 2

0

1

3年版,

第 7

0~7

1页。

〔

9

7

〕 [美]E.

艾伦·范斯沃思:

《美国合同法》,

葛云松、

丁春艳译,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 7

5

2页。



3

6

2

护义务,

侵害相对人的人身权或物权所造成的损害。在合同法上,

违约方的行为可以构成过错

责任时,

他所应赔偿的,

系守约方于其人身或物权所受的一切损害。此类损害可能远逾履行合

同所生的利益,

赔偿时不以履行利益为界限。

〔

9

8

〕

另外应注意的是,

积极利益、

消极利益和积极损害、消极损害的不同。积极损害是既存利

益灭失的现象,

消极损害则是指因妨碍将来财产的增加而遭受的损失,又称可得利益,可表现

为物的使用利益、转卖利益、营业利益等。

〔

9

9

〕不过,积极损害、消极损害的分类近来受到了批

评。比如,

有人指出,

所有物灭失场合,

就该物的价格相对于既存财产的减少而言可作为"积极

损害"的例子,

然而,

该物若不曾灭失通过使用收益所能得到的利益,其丧失则应被看做是"消

极损害";

另一方面,

在行为人违反安全配虑义务场合,债权人受到伤害而减少了收入,该损害

尽管被称为"消极损害",

在存有雇佣、委托等合同场合,对"债权"的损害则又被认为是"积极

损害"了。

〔

1

0

0

〕

(3)所受损害与所失利益

所受损害,

亦称积极损害,

是指因损害事故的发生导致债权人现有财产所减少的额数。所

失利益,

亦称消极损害,

是指因损害事故的发生导致债权人财产应增加而未增加的数额。

这种分类具有一般适用性。特别于法律明文限制仅赔偿客观损害时,对所受损害和所失

利益,

应严予分别。在这种情形下,仅所受损害始可获得填补。所失利益,纵然实际上应予填

补,

但形式上已丧失原有所失利益的性质而被所受损害吸收。

〔

1

0

1

〕

(4)直接损害与间接损害

直接损害与间接损害的区别,

学说见解大致分成两类。一类着眼于损害的引发,

认为损害

事故直接引发的损害为直接损害,非直接引发而系因其他媒介因素的介入所引发的损害则为

间接损害。另一类则着眼于损害的标的,认为损害事故直接损及标的的,其损害即直接损害; 其他的损害,

则为间接损害。第一说实即借助因果关系观念所作的区分,

第二说无异以损害是

否在相近的时间呈现于赔偿权利人的特定财物上而分其为直接损害或间接损害。

〔

1

0

2

〕

在中国学说上,

直接损害和间接损害是最为常见的一种分类,

其具体含义多被等同于所受

损害和所失利益。

(二)因果关系

很多国家和地区将民法上的因果关系区分为责任成立的因果关系和责任范围的因果关

系。德国通说认为判断“责任成立”因果关系的尺度可以较为宽松,以条件说来判断,亦即将

损害发生的所有原因事实都列为与“责任成立”有因果关系;至于后者则需以较严苛的标准

来判断,如相当因果关系、规范保护目的等,因为若将所有具有因果关系的损害皆归由加害

人负担的话,将使损害赔偿责任过于泛滥,故在此应探求加害人的行为对所发生的损害有无

〔

9

8

〕 王泽鉴:

《民法学说与判例研究》(第 1册),

三民书局 1

9

8

0年版,

第 8

9页。
〔
9
9
〕[日]北川善太郎:
《债权总论》,
有斐阁 1
9
9
3年版,第 1
4
6页。转引自韩世远:《违约损害赔偿研究》,法律出版社
1
9
9
9年版,
第 4
8页。
〔
1
0
0
〕[日]几代通:
《不法行为》,

筑摩书屋 1

9

7

7年版,

第 2

6

1页。转引自韩世远:

《违约损害赔偿研究》,法律出版社 1

9

9

9

年版,

第 4

8页。

〔

1

0

1

〕 曾世雄:

《损害赔偿法原理》,

中国政法大学出版社 2

0

0

1年版,

第 1

3

6~1

3

7页。

〔

1

0

2

〕 曾世雄:

《损害赔偿法原理》,

中国政法大学出版社 2

0

0

1年版,

第 1

3

7页。

4

6

2 合同法(第六版)

客观可归责处,以合理地限制其责任范围。因果关系二分法,使得原来混淆在一起的因果关

系问题区别开来,各自有着不同的职能。责任成立的因果关系主要解决的是责任的“定性”

问题,亦即责任是否成立;责任范围的因果关系主要解决的则是责任的“定量”问题,亦即责

任人在多大程度上承担责任的问题。这的确有其道理,值得我们在分析因果关系问题时加

以借鉴。〔103〕

三、

赔偿损失的范围

(一)概说

作为违约责任的赔偿损失,

其赔偿范围,就是赔偿损失的数额为多少。原则上说,通过赔

偿损失,

应使受害人处于如同合同已经履行的状态。也就是说,

《合同法》及其理论贯彻的是完

全赔偿原则(第 1

1

3条第 1款前段)。同时应当注意,《合同法》及其理论对赔偿损失的范围又

设有若干限制,

主要表现为:

(1)当事人约定了违约赔偿范围(如当事人双方约定了限责条款, 或约定了违约金);

(2)法律直接规定了某种违约赔偿的限额;

(3)因果关系对赔偿损失范围的

限制;

(4)合理预见规则对赔偿损失范围的限制;(5)与有过失规则对赔偿损失范围的限制; (6)减轻损失规则对赔偿损失范围的限制。在这方面,法释[2

0

1

2]8号已经有所明确,于其第

2

9条规定,

买卖合同当事人一方违约造成对方损失,对方主张赔偿可得利益损失的,人民法院

应当根据当事人的主张,

依据《合同法》第 1

1

3条规定的合理预见规则、

第 1

1

9条规定的减轻损

失规则,

法释[2

0

1

2]8号第 3

0条规定的与有过失规则、

第 3

1条规定的损益相抵规则,

以及有关

规定进行认定。

当事人通过约定违约金来限制赔偿损失范围的问题将在违约金责任项下予以讨论;法律

直接规定限制赔偿损失数额的,

依其规定;因果关系对赔偿损失范围的限制,上文已经简要说

明了,

下文主要介绍和评论合理预见规则、与有过失规则和减轻损失规则。损益相抵规则,虽

非限制损害赔偿范围的,

而是关于损失计算的规则,但考虑到容量的问题,也将在本部分一并

介绍。

(二)合理预见规则

《合同法》第 1

1

3条第 1款后段关于违约损害赔偿“不得超过违反合同一方订立合同时预

见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失”的规定,确立了合理预见规则,或曰应当

预见规则。该项规则主要涉及如下内容:

1.

预见的主体。《合同法》第 1

1

3条第 1款后段明确规定可得利益的赔偿“不得超过违反

合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失”, 确立了预见的主

体为违约方,

这是比较合理的。

2.

预见的时间。《合同法》第 1

1

3条第 1款确立了预见的时间为“订立合同时”,较具合理

性,

因为合同的缔结是以当事人当时了解的情况对日后的风险所作的一种分配,而且是在这种

分配的基础上讨价还价形成了合同的对价关系,

如果把日后发生的情况加之于违约方,且又未

使之有机会通过提升价格或作其他适当安排防范风险,对他来说则是不公平的。至于日后出

现的为双方了解到的新的情况,双方本可以通过合同变更的方式加以解决,而在合同变更之

〔

1

0

3

〕 韩世远:

《合同法总论》(第 3版),

法律出版社 2

0

1

1年版,

第 6

2

3页以下。

2

前,

随意地确立规则使违约方单方承受不利的风险,

则未免武断。

〔

1

0

4

〕

3.

预见的内容。存在两种不同的主张,

一种主张以英国法为代表,

认为只要被告本可预见

到损害的类型或种类(t

h

et

y

p

eo

rk

i

n

d

)即可,

无须预见到损害的程度或数额(t

h

ee

x

t

e

n

to

rq

u

a

n

-

t

u

m);

另一种主张则以法国法现代的规则为代表,要求损害的类型与程度均应是可预见的(直

到 2

0世纪早期,

法国的法理还只是要求预见损害的类型而不要求预见损害的程度)。《国际商

事合同通则》第 7.

4.

4条(损害的可预见性)规定:

“不履行方当事人仅对在合同订立时他能预

见到或理应预见到的、

可能因其不履行而造成的损失承担责任。

”该条的注释针对预见的内容

指出:

“可预见性与损害的性质或类型有关,

但与损害的程度无关,

除非这种程度使损害转化为

另一不同种类的损害。

”《合同法》第 1

1

3条第 1款并未特别言明是否要求预见到损害的程度或

数额,

解释上宜将预见的内容确立为:

只要求预见损害的类型而无须预见损害的程度。

4.

判断可预见性的标准。可预见性的判断通常是客观标准,也就是说,以一个抽象的“理

性人”、

“常人”、

“善良家父”等之类的标准进行判断。对于抽象的损害,法律推定是属于违约

方可得预见范围之内的;

对于具体的损害,

应由受害人对具体的情事进行举证,

在此基础上,

法

院再依抽象的“理性人”的标准进行判断,以确定是否属于当事人应当预见范围之内的损害。

此种判断是一个法律问题而不是一个事实问题,

其中涉及法律的价值判断,最终是要确定归责

与否及责任的公平分摊,

作为一个法律问题可以由当事人上诉。

(三)与有过失规则

1.

概说

与有过失,

也称过失相抵,

或比较过失,即受害人就损害的发生或扩大也有过失。与有过

失规则,

是指就损害的发生或扩大受害人也有过失的,法院可以减轻行为人所负的赔偿金额或

免除其赔偿责任的规则。《合同法》第 1

2

0条含有与有过失的内容,

〔

1

0

5

〕

法释[2

0

1

2]8号第 3

0条

关于“买卖合同当事人一方违约造成对方损失,对方对损失的发生也有过错,违约方主张扣减

相应的损失赔偿额的,

人民法院应予支持”的规定,

已经明确了与有过失规则。

与有过失规则是诚实信用原则的具体化。基于自己的过失造成损失, 不可转嫁于他人,系

〔

1

0

4

〕 韩世远:

《违约损害赔偿研究》,

法律出版社 1

9

9

9年版,

第 2

0

3页。

〔1055〕《合同法》第120条是关于双方违约及其责任分担的规定。客观上是否存在双方违约, 以及《合同法》应否规定双方违约,立法过程中存有不同意见。本书认为,双方违约的确存在。其原因之一是,在双务合同中,双方当事人所负的债务并不总是具有牵连性和对价性的,致使双务合同履行中的抗辩权在某些案型中无从适用。例如,某房屋租赁合同约定,出租人须在合同签订后30日内向承租人出示其拥有房屋所有权的证明文件,否则,视为违约。出租人未能依约向承租人出示此类文件,构成违约。但承租人据此主张先履行抗辩权,拒付租金,由于出租人依约出示房屋所有权的证明文件的义务与承租人支付租金的义务,不构成对待给付义务,不符合先履行抗辩权的构成,承租人拒付租金即不是在行使抗辩权,而是违约。这就构成了双方违约。双方违约存在的原因之二是,即使系争案型存在着抗辩权制度适用的余地,但抗辩效果的发生须以权利人行使抗辩权为条件,

并无采用“存在效果说”的空间,

事实是权利人没有行使抗辩权,

或者貌似行使,

实际上没有行使。这也会构成双方违约。例如,在某房屋租赁合同

中,

出租人交由出租人占有、

使用的租赁房屋不符合约定的质量标准,承租人虽然一方面要求出租人修缮,但同时

照样向出租人以支票支付全部租金,

不过,

该支票是作废的,致使支付租金迟延。多数说认为,承租人不是在行使

先履行抗辩权,

而是以作废支票欺骗出租人,

也构成违约。于是,

该案构成双方违约的情形。双方违约存在的原因

之三是,

系争案型存在着抗辩权制度适用的余地,

但权利人明示放弃抗辩权,在相对人违约时无抗辩权可以行使,

又拒不履行自己的债务,

构成双方违约。尽管《合同法》第 1

2

0条规定的是双方违约及其责任的分担,但举重以明

轻,

不论债务人不履行合同有无过错,

债权人对此不履行合同的情形也有过失时,应当减轻债务人的责任。所

以, 该条含有与有过失规则的内容。

6

6



当然自明之理。在合同法上,

对债务人的违约与债权人的过失加以衡量,或者扩而广之,就双

方当事人的行为和违约损失之间的原因力观察权衡,令他们各自承担相应的责任,最终表现为

违约方的责任减轻或免除,

体现出对损失后果予以公平分担的原则,这为诚实信用原则的当然

要求。如果说完全赔偿原则是侧重于保护无辜的债权人的原则,那么,与有过失规则,就是在

违约方有可非难之处时,

对他加以适当保护的规则。

2.

与有过失的要件

(1)债权人须有过失

债权人的行为虽然是损害发生的共同原因,如果他没有过失,仍不得减免债务人的责任。

适用与有过失规则,

一般来说,

虽然不强调债权人的行为必须具有违法性,但仍然要求该行为

在伦理上是不当的。于是,

诸如正当防卫、

紧急避险等阻却违法的行为,

不适用与有过失规则。

此外,

与有过失并不限于债权人的积极作为,

消极的不作为也包括在内。

关于债权人过失的性质,

学说不一,大致分为以下四种。第一说认为,与有过失中债权人

的过失与普通的过失是同样的。第二说认为,与有过失中债权人的过失属德国学者齐特尔曼

(Zi

t

e

l

ma

n

n

)所谓的“自己对自身的过失”(Ve

r

s

c

h

u

l

d

e

ng

e

g

e

ns

i

c

hs

e

l

b

s

t

),

认为在债权人没有做

到在社会生活上使自己免受损害的注意时,

就构成债权人的过失。

〔

1

0

6

〕 第三说认为,在法律上,

债权人对自己并无不生损害的注意义务。故与有过失中债权人的过失,并不仅限于违反法律

上的注意义务,

而是命违约方负担全部损害额,在情理上有欠公平时,对于债权人不违背法律

上注意义务的单纯不注意,

亦依衡平及诚实信用原则予以斟酌,以减轻违约方的赔偿责任。

〔

1

0

7

〕

第四说对作为依据与有过失对请求权减缩原因的作为或不作为,从不真正义务或曰间接义务

(o

b

l

i

e

g

e

n

h

e

i

t

)的见解进行把握。

〔

1

0

8

〕

关于受害人是否须有责任能力,

学说存在分歧。第一说“真正的过失和责任能力要求说”,

强调受害人必须有责任能力,

故未成年人为受害人时,

如无责任能力,

亦予过失相抵,

自属有欠

公平。从而斟酌受害人与有过失,应以受害人有责任能力为要件。

〔

1

0

9

〕 第二说“不注意———事

理辨识能力说”,

认为受害人的过失并非固有意义上的过失,只要因受害人的不注意而对损害

的发生有所助力就足够了,

因此与有过失的辨识能力,并非对于违法行为负责的责任能力,亦

即并非对于自己行为的结果所生责任的辨识能力,

只须具备避免危险发生的必要注意能力,即

可过失相抵。如此,责任能力并非必要。

〔

1

1

0

〕 第三说“能力不要说”和“参与度(原因力)减责

论”则主张,

从加害人的立场看,

受害人若无责任能力或者识别能力,即不予过失相抵,实欠公

平,

故与有过失不应以受害人具备责任能力或识别能力(注意能力)为必要, 只要受害人在客观

〔

1

0

6

〕 [日]椿寿夫、

右近健男编集:

《德国债权法总论》,

日本评论社 1

9

8

8年版,

第 6

3页。

〔

1

0

7

〕何孝元:

《损害赔偿之研究》,

商务印书馆 1

9

7

0年版,

第 4

9页;

[日]加藤一郎:

《不法行为》,有斐阁 1

9

5

7年版,第 2

4

页;

[日]泽井裕:

“被害人过失的性质”,

载《注释民法》(1

9),

第 3

5

3页。转引自韩世远:

《合同法总论》,

法律出版社2004年版,第744页。

〔1008〕[日]椿寿夫、右近健男编集:《德国债权法总论》,日本评论社1988年版,第63页。转引自韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,

第 7

4

4页。

〔

1

0

9

〕[日]我妻荣:

《事务管理·不当得利·不法行为》,日本评论社 1

9

3

8年版,第 2

1

0页。转引自韩世远:《合同法总

论》,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 7

4

2页。

〔

1

1

0

〕[日]加藤一郎:

《不法行为》,

有斐阁 1

9

5

7年版,

第 2

4

7页。转引自韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2

0

0

4年版,

第 7

4

4页。



上与有过失,

即可适用与有过失规则。

〔

1

1

1

〕

在中国的审判实践中,

有的判决采取了“不注意—

—

—事理辨识能力”说,有的采取了“能力

不要说”。

〔

1

1

2

〕

适用与有过失规则,

同加害人的过失进行比较的通常是受害人的过失,对此,《民法通则》

第 1

3

1条规定:

“受害人对于损害的发生也有过错的,

可以减轻侵害人的民事责任”。但须注意

的是,

如今更强调将当事人的过失或其他可归责的事由依客观化、定型化的标准进行比较,以

分配损失、

确定责任,

〔

1

1

3

〕

即所谓原因力的比较。

受害人之外的他人与有过失场合能否适用与有过失规则?由于与有过失制度的目的,在

于追求公平妥当地确定损害赔偿额,各国的立法、判例与学说现在一致的倾向是,将受害人以

外之人的过失有条件地作为受害人一侧的过失,弹性地加以斟酌解释,构成与有过失。因此, 在若干特殊情形下,

宜权衡当事人的利益状态,将第三人的过失视为受害人自己的过失,使受

害人就第三人的与有过失负责,为学说上的通常见解,称“受害人一方的过失”。

〔

1

1

4

〕 受害人一

方的过失可类型化为如下几种:

法定代理人与使用人与有过失;直接受害人与有过失;受害人

和第三人共同地与有过失。

(2)债权人的行为须助成损害的发生或扩大

所谓助成,

是指债权人的过失行为须是损害发生或扩大的共同原因,至于哪个在先,哪个

在后,

抑或同时存在,

则在所不问。举例来说,

尽管债权人存有过失,

在其过失对违约损害的发

生未予任何影响的场合,

他仍得请求全额的损害赔偿。相反,

如果债权人的过失是违约损害的

唯一的原因,

由于债务人的行为和损失结果之间欠缺因果关系,

并不发生赔偿责任。

〔

1

1

5

〕所谓受

害人与有过失,

应包括助成损害原因事实的成立在内,并非仅以损害本身的发生或者扩大为

限。

〔

1

1

6

〕

3.

与有过失规则的适用范围

与有过失规则适用于过错责任领域,对此没有异议。在中国,对于在加害人负无过错责

任、

过错推定责任场合是否可以适用与有过失规则的问题,尚不明确,不过在一些法院的判决

中,

可以看出在这些场合对与有过失规则的适用。

〔

1

1

7

〕 唯应注意的是,在这些场合,用以比较的

不再是过错的大小,

而是原因力的强弱。

4.

与有过失规则的效果

法院对债务人的过失与债权人的过失进行比较衡量,

在债权人的过失过大时,

既可以使债

〔

1

1

1

〕[日]西原道雄:

“对生命侵害、

伤害上的损害赔偿额”,

载《私法》2

7号,

第 1

1

1页。转引自韩世远:

《合同法总论》,

法

律出版社 2

0

0

4年版,

第 7

4

2页。

〔

1

1

2

〕“杨新宇诉天津市 4

8中学擅拆其信件致其越窗坠楼摔伤赔偿纠纷案”,载《人民法院案例选》(总第 4辑),人民法

院出版社 1

9

9

3年版,

第 8

9页以下;

韩世远:

《合同法总论》,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 7

4

3页。

〔

1

1

3

〕 朱卫国:

“过失相抵论”,

载梁慧星主编:

《民商法论丛》(第 4卷),

法律出版社 1

9

9

6年版,

第 4

0

1页。

〔

1

1

4

〕 韩世远:

《合同法总论》,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 7

4

5页。

〔

1

1

5

〕[日]椿寿夫、

右近健男:

《德国债权法总论》,

日本评论社 1

9

8

8年版,

第 6

4页。

〔

1

1

6

〕韩世远:

《合同法总论》,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 7

4

7页。

〔

1

1

7

〕“何荣诉上海联合水暖卫生洁具公司等单位的产品致人死亡损害赔偿案”, 载《人民法院案例选》(总第 1辑),人民

法院出版社 1

9

9

2年版,

第 5

0页以下;

“董景春诉四平专用汽车物资经销公司产品缺陷与不当使用行为竞合双方分

担责任案”,

载《人民法院案例选》(总第 1

8辑),

人民法院出版社 1

9

9

6年版,

第 5

8页以下。

8

6

2 合同法(第六版)

务人免责,

同时也可以减轻债务人的赔偿额。另外,与有过失具备要件时,法院得不待当事人

主张,

依职权减轻或免除赔偿额。因为基于与有过失的责任减轻或免除,非为抗辩,而为请求

权一部或全部的消灭,

所以裁判上可依职权加以斟酌。债务人可就此提起确认之诉。

法院对于赔偿金额减轻至什么程度,对其标准约有三说。第一说主张应比较双方原因力

的强弱加以决定,

比如《德国民法典》第 2

5

4条第 1项即以原因力为主,

以其他情事为辅。第二

说主张应比较双方过失的强弱加以决定,德国普通法即采此见解。第三说主张比较双方原因

力的强弱及过失程度,

“第一应比较双方过失之重轻(危险大者所要求之注意力亦大,

故衡量过

失之重轻,

应置重于其所需注意之程度),

是以故意重于过失,

重大过失重于轻过失。其过失相

同者,

除有发生所谓因果关系中断之情事外,比较其原因力之强弱以定之。过失相同,原因力

亦相同者,

其损害各半负担”。

〔

1

1

8

〕法院对于责任予以免除是否完全自由,依学说见解:(1)赔偿

义务人为故意或重大过失时,

唯可就损害赔偿金额为斟酌,不得免除其责任。(2)赔偿权利人

为故意或重大过失时,

得免除义务人的责任。

综上,

可以说任何一项单一的标准都不可能做到十全十美,

如果将单一的某项标准贯彻到

底,

则可能产生一些不太合理的结果。这同时也表明,法院在适用与有过失规则时,应综合权

衡双方的具体情事。因而适用与有过失规则时,用以比较衡量的要素应是多重的。在德国法

上,

适用与有过失时,

比较衡量的要素包括原因、过失,在关涉危险责任的案件中,对危险的程

度也要予以考虑。在中国的司法实践中,适用与有过失时应比较衡量什么因素似乎并不太明

确,

在有些案件中似乎侧重于原因力,

同时,

也比较注重过错程度,

至于原因力及过错程度有无

先后顺序则更是难以明确。不过,

对与有过失的权衡既然最终是要取决于法官的自由裁量权,

则无论什么样的比较衡量标准都只不过是为之提供一种参考,具体的操作还是要由法官综合

权衡各方面的因素整体把握判断。

〔

1

1

9

〕

应予指出的是,

在货物运输的承运人责任场合等,受害人的过错系承运人的免责事由,而

不适用与有过失的一般规则。

(四)减轻损失规则

1.

减轻损失规则的由来及法律表现

减轻损失规则最先是从英国普通法上发展而来的。在美国,《合同法重述》(第 2版)第

3

5

0条规定了该规则。在英美法上,

减轻损失规则虽系由合同法发展而来的,然而其适用并不

局限于合同,

对于侵权行为亦可适用。在中国,

《民法通则》第 1

1

4条和《合同法》第 1

1

9条的下

述规定,

被认为是对减轻损失规则的承认:当事人一方违约后,对方应当采取适当措施防止损
失的扩大;

没有采取适当措施致使损失扩大的,

不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损

失扩大而支出的合理费用,

由违约方承担。

2.

减轻损失义务的来源

减轻损失义务,

大多源于法律的直接规定,有的可能基于当事人的约定。属于后者的,也

可能是对法定的减轻损失义务的限度和范围予以进一步地明确。例如,某《经销协议》第 1

8.

2

〔

1

1

8

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,第 2

9

7页;崔建远:《合同责任研究》,吉林大学出版社

1

9

9

2年版,

第 2

1

7页。

〔

1

1

9

〕韩世远:

《违约损害赔偿研究》,

法律出版社 1

9

9

9年版,

第 3

7

0页以下。

第十三章　违约责任

9

6

2

条规定:

“对不可抗力事件的救济,

须以在合理范围可行为限度,

在合理范围内尽快恢复义务的

履行。不得要求一方违反其意愿解决任何劳动争议,

不得要求其检验或不让其检验任何法律、

命令、

规则或义务的效力。

”

3.

减轻损失义务的内容

减轻损失义务包含两方面的内容:第一,原告有义务采取积极措施(p o

s

i

t

i

v

es

t

e

p

s

)将被告

违约所致损失降至最低范围;

第二,

在被告适当履行合同的情况下,

原告为某些行为是适当的,

但在被告已经违约的场合,

原告倘若再为这些行为,

就会不公正地扩大违约造成的损失(u

n

j

u

s

-

t

i

f

i

a

b

l

ya

u

g

me

n

tt

h

el

o

s

s

)。 有鉴于此,

在被告违约的情况下,原告有义务不为这些行为。

〔

1

2

0

〕可

见,

减轻损失义务包含作为义务和不作为义务两大类。

4.

减损规则和与有过失规则之间的关系

减损规则和与有过失规则之间的关系表现在:(1)根据与有过失规则,债权人就引起损失

的事件部分地承担责任,

而依据减轻损失规则,

债权人仅仅就其失之采取积极措施以避免被告

违约导致的损失承受后果。

〔

1

2

1

〕(2)减轻损失规则中,债权人没有采取适当措施,违反的是不真

正义务;

而与有过失规则中的债权人的过失,

虽然不要求具有责任能力的债权人具有如同侵权

行为人那样的过失,

但其有些是对真正义务的违反。(3)减轻损失规则中,债权人违反的是法

定义务;

而与有过失规则中,

债权人违反的义务,

有些是约定的义务。(4)减轻损失规则中的债

权人的过失,

必定发生于债务人违约之后;而与有过失规则中的债权人的过失,既可以发生在

债务人违约之后,

也有些发生在债务人违约之前。“在区别与有过失和减轻损失时,记住下面

一条是会有帮助的,

即原告的减损义务的产生系后于违约而且后于原告意识到被告的不法行

为已造成了损失;原告的与有过失的发生系先于或同于损失的发生。关键的区分事实是时

间。

”〔122〕例如,

某汽车买卖合同约定,交车地点另行约定,买受人甲公司先提出意见,出卖人乙

公司再核实确定。买受人甲公司的营业地是济宁,

交车地点亦应是济宁,

但它告知出卖人乙公

司的却是集宁,

出卖人乙公司本应依约核实而未核实,

将车托运到了集宁。

5.

减轻损失的措施

减轻损失的措施可以类型化为以下四种:(1)停止履行(s

t

o

pt

op

e

r

f

o

r

me

n

c

e

);(2)替代安

排(ma

k

et

h

es

u

b

s

i

t

i

t

u

t

ec

o

n

t

r

a

c

t

);

(3)变更合同(c

o

n

t

r

a

c

tb

emo

d

i

f

i

e

d

);

(4)继续履行(c

o

n

t

i

n

u

i

n

g

wi

t

hp

e

r

f

o

r

ma

n

c

e

)。

(五)损益相抵规则

1.

损益相抵规则概述

损益相抵,

又称损益同销,

是指权利人基于损害发生的同一赔偿原因获得利益时,应将所

〔

1

2

0

〕Gu

e

n

t

e

rH.Tr

e

i

t

e

l

,Re

me

d

i

e

sf

o

rBr

e

a

c

ho

fCo

n

t

r

a

c

t

(Co

u

r

s

e

so

fAc

t

i

o

nOp

e

nt

oaPa

r

t

yAg

g

r

i

e

v

e

d

),I

n

t

e

r

n

a

t

i

o

n

a
lEn
c
y
-
c
l
o
p
e
d
i
ao
fCo
mp
a
r
a
t
i
v
eLa
w(Ch
a

p

t

e

r1

6),Mo

u

t

o

n,Th

eHa

g

u

e

,a

n

dJ

.C.B.Mo

h

r

(Pa

u

lSi

e

b

e
c
k),Tü
b
i
n
g
e
n,7
6
(1
9
7
6).
〔
1
2
1
〕Gu
e
n
t
e
r
rH.Tr

e

i

t

e

l

,Re

me

d

i

e

sf

o

rBr

e

a

c

ho

fCo

n

t

r

a

c

t

(Co
u
r
s
e
so
fAc
t
i
o
nOp
e
nt
oaPa
r
t
yAg
g
r
i
e
v
e
d

),I

n

t

e

r

n

a

t

i

o

n

a

lEn

c

y

-

c

l

o

p

e

d

i

ao

fCo

mp

a

r

a

t

i

v

eLa

w(Ch

a

p

t

e

r1

6),Mo

u

t

o

n,Th

eHa

g

u

e

,a

n

dJ

.C.B.Mo

h

r

(Pa

u

lSi

e

b

e

c

k),Tü

b

i

n

g

e

n,7

6

(1

9

7

6).

〔

1

2

2

〕 Ha

r

v

i

nD.Pi

t

c

h

,Da

ma

g

e

sf

o

rBr

e

a

c

ho

fCo

n

t

r

a

c

t

,To

r

o

n

t

o,Ca

n

a

d

a

:

Th

eCa

r

s

we

l

lCa

mp

a

n

yLi

mi

t

e

d

,To

r

o

n

t

o,Ca

n

a

-

d

a

,1

5

0(1

9

8

5).

0

7



受利益从所受损害中扣除,

以确定损害赔偿范围的规则。损益相抵规则具有普遍的适用性,

因

而,

此处所谓“同一赔偿原因”,

可以是侵权行为、

违约行为、

其他债务不履行行为以及其他法律

规定的原因。法释[2

0

1

2]8号第 3

1条承认了违约责任领域的损益相抵规则:“买卖合同当事

人一方因对方违约而获有利益,

违约方主张从损失赔偿额中扣除该部分利益的,人民法院应予

支持。

”在这里,

只讨论违约责任中的损益相抵问题。

损益相抵,

属于赔偿责任的范围确定问题,而不是两个债权的相互抵销,故不适用债的抵

销规则,

而适用自己独特的规则。损益相抵,

是确定受害人因相对人违约而遭受的“净损失”的

规则,

是计算债权人所受“真实损失”的法则,

而不是减轻违约方本应承担的责任的规则。

2.

损益相抵的法理依据

关于损益相抵规则的法理依据,存在着两种学说,一为利益说,二为禁止得利说。第一说

基于损害差额说(利益说)确认损益相抵规则,认为损害即受害人对于损害事故所感受的利害

关系,

亦即他对损害事故的利益,

而利益的计算则以受害人在事故发生前后的财产差额为准。

损害事故发生后,

受害人的财产究竟剩下多少,

计算时应将受害人所受损害与所得利益全部记

列相抵始可求得。如此,

受害人因同一原因受有利益者,

该利益应予列入。

〔

1

2

3

]

第二说基于禁止得利(Be

r

e

i

c

h

e

r

u

n

g

s

v

e

r

b

o

t

)的思想,

认为损害赔偿旨在填补损害,

故赔偿应

与损害的大小相一致,

不可少亦不能多,受害人不得因损害赔偿较损害事故发生前更为优越。

因而,

凡因同一损害原因受有损害并受有利益者,

则所谓损害仅存在于损害与利益二者间的差

额。利益大于或者等于损害时,

即无损害可言;

利益小于损害时,

计算损害时应扣除利益额。

〔

1

2

4

〕

换言之,

损害赔偿制度的目的,

虽在于排除损害,

回复损害发生前的同一状态,

然非使受害人因

而获得不当得利,

故若受害人因发生损害赔偿义务的原因事实,

受有损害,

同时受有利益时,

即

应由损害额中扣除利益额,

以其余额为赔偿额。

〔

1

2

5

〕

上述两说各有依据,

在个案中可能不是互相排斥的,而是可以互补的,中国民法理论可以

根据具体情况予以借鉴。例如,

在适用惩罚性赔偿的领域,

受害人获得的损害赔偿额大于实际

损失,

时常无须减扣利益,

如此,

以第二说作为损益相抵规则的法理依据,

就不尽合适。

3.

损益相抵规则的构成要件

损益相抵规则的要件应包括:

违约损害赔偿成立、

债权人受有利益以及损害事实与利益之

间存在因果关系。对于因果关系,

德国判例学说以相当因果关系为主,

辅之以规范意旨说或曰

规范目的说。中国台湾地区“民法”亦然。英美普通法在这点上的一个基本的原则是,受害人

所获得的利益,仅 当 如 未 曾 发 生 违 约 即 不 可 能 获 得 此 利 益 时, 始 于 计 算 损 害 赔 偿 时 加 以 扣

除。

〔

1

2

6

〕 因而,关键之所在仍为事实上的因果关系。

在中国合同法上,

适用损益相抵规则也要求利益与违约行为之间有因果关系。一种观点

认为,

“条件”的某些因素带来的利益不应从损失中扣除。当然,对“条件”的解释不宜过宽,以

〔

1

2

3

〕 F.Mo

mms

e

n,Zu

rLe

h

r

ev

o

nd

e

mI

n

t

e

r

e

s

s

e

,(1

8

5

5)S.

2

1

9;Oe

r

t

ma

n

n

,Vo

r

t

e

i

l

s

a

u

s

g

l

e

i

c

h

u

n

g,S.

5

9.转引自韩世远:

《违约损害赔偿研究》,

法律出版社 1

9

9

9年版,

第 4

0

6~4

0

7页。

〔

1

2

4

〕 曾世雄:

《损害赔偿法原理》,

中国政法大学出版社 2

0

0

1年版,

第 2

3

8页。

〔

1

2

5

〕王泽鉴:

《民法学说与判例研究》(第 4册),

中国政法大学出版社 1

9

9

8年版,

第 1

8

4~1

8

5页。

〔

1

2

6

〕G.

H.Tr

e

i

t

e

l

,Re

me

d

i

e

sf

o

rBr

e

a

c

ho

fCo

n

t

r

a

c

t

:A Co

mp

a

r

a

t

i

v

eAc

c

o

u

n

t

.Ne

m Yo

r

k

:Cl

a

r

e

n

d

o

nPr

e

s

s

sOx

f

o

r

d,1

8

5

(1

9

8

8).

第十三章　违约责任



避免不合理地缩小损益相抵规则的适用范围。例如,

受托人代委托人出售有价证券,

因逾期抛

售而使委托人遭受了交易所增费的损失,

但该有价证券的价格在后来出售时上涨,使委托人获

得利益。该利益与逾期抛售之间就有因果关系。

〔

1

2

7

〕

4.

应予扣除的利益

应予扣除的利益种类繁多,

情况复杂,

需分别考察:

(

1

)中间利息;

(

2

)所得税;

(3)房屋及地价

税;

(

4

)营利事业所得税;

(

5

)商业保险金;

(

6

)关于有缺陷的标的物的价值;

(

7

)第三人给付。

四、

赔偿损失的计算

(一)概述

赔偿损失的计算既是个事实问题,

也是个法律问题。说它是事实问题,

是因为违约等造成

损失如何,

本质上为一种事实;

称其为法律问题,

是因为探讨这一事实,

必须借助法律方法。计

算大小,

虽然要求尽量与数学原则相符合,但在特别情况下为顾及利益衡量等因素,并无绝对

与数学原则相一致的必要,

有时也无法遵循数学原则。

赔偿损失的目的在于填补受害人所遭受的损害,

为达此目的,

赔偿损失的计算方法就应由

损害的性质决定。损害的性质不同,赔偿损失的计算方法也会表现出不同。在侵权行为造成

损害场合,

赔偿损失的计算多采用具体的计算方法;而在违约行为造成损害的场合,赔偿损失

的计算在不同的法系中会表现出不同的特征,大陆法系以德国法为代表,

崇尚具体的计算方

法,

而英国法上则多采抽象的计算方法。

(二)赔偿损失的计算方法

具体的计算方法(c

o

n

c

r

e

t

eme

t

h

o

do

fq

u

a

n

t

i

f

y

i

n

gt

h

el

o

s

s

)和抽象的计算方法(a

b

s

t

r

a

c

tme

t

h

o

d

o

fq

u

a

n

t

i

f

y

i

n

gt

h

el

o

s

s

),

又可称为主观的计算方法和客观的计算方法。计算损害时,

如仅斟酌

普通因素,

其计算方法称为抽象的计算方法,或曰客观的计算方法;如兼而斟酌普通因素及特

别因素,

其计算方法称为具体的计算方法,

或曰主观的计算方法。

此处所谓的普通因素,

也叫客观因素,属于损害的构成因素,是指某类损害共通存在的因

素,

不因受害人的不同而有差别。所谓特别因素,

亦称主观因素,

同样属于损害的构成因素,是

指因受害人的不同而会存在差异的因素。最为常见的特别因素为受害人与第三人的关系。如

出卖人违约不为给付,

买受人与第三人订立的买卖合同成为不能履行,

致使损害扩大。因后一

个买卖合同是否存在因买受人而不同,故为特别因素。此外,受害人的经济状况或社会地位、

受害人智力上或身体上的特征,都属于特别因素。这些特别因素在赔偿损失采取具体的计算

方法时起着重要作用。

〔

1

2

8

〕

主观的计算方法旨在恢复债权人实际遭受的全部损失,

它着眼于具体的实际情况,

也就是

以合同未违反情况下债权人所应得到的全部利益为其损害额。客观的计算方法并不注重债权

人的特定损失,

但却要给他一种合理的赔偿。

(三)赔偿损失计算的标准时点

损害赔偿问题最终是原告(债权人、

受害人)能够取得多少损害赔偿金的问题,

现实地发生

〔

1

2

7

〕 崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 2

2

0页以下。

〔

1

2

8

〕 曾世雄:

《损害赔偿法原理》,

中国政法大学出版社 2

0

0

1年版,

第 1

6

2页以下。

2

7



的损害必须进行金钱的换算(金钱评价)。损害表现为直接的金钱支出或金钱的丧失场合,尚

不成问题,

在给付或给付标的物的丧失构成损害(损害事实)时,为了具体地算定损害额,则必

须对给付或给付标的物的丧失进行金钱评价。这时除了依什么标准衡量的问题外,应依什么

时点的价格为标准进行金钱评价,

也是问题之所在。

〔

1

2

9

〕换言之,从损害原因发生时起,经由诉

讼提起、

审理而至判决时止,

因有社会经济状况、物价、货币价值的变动,发生损害等的扩大或

缩小,

至口头辩论终结时,

应对诸如此类事情加以考虑,

对为实现如合同不履行、

侵权行为未发

生所应存在的状态所需赔偿金加以计算,裁判上必然要依一定的时点对原告的损害进行此种

计算,

此种时点便是损害赔偿计算的标准时。

〔

1

3

0

〕在成本和价值波动时期,知道根据什么时点进

行损害赔偿的计算,

是件重要的事情。法院在计算违约损害赔偿的标准时有四类可能的选择:一是缔约日,

二是违约日,

三是裁判日,

四是违约和裁判之间的某一时日。

〔

1

3

1

〕

(四)按照银行贷款利率计算

法释[2

0

1

2]8号第 2

4条第 4款规定:

“买卖合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的

计算方法,

出卖人以买受人违约为由主张赔偿逾期付款损失的,人民法院可以中国人民银行同

期同类人民币贷款基准利率为基础,

参照逾期罚息利率标准计算。

”这是一个简便易行的方法,

实务中一直如此操作。

第九节　违约金责任

一、

违约金及其责任的概念

关于违约金,

通常的描述是,

由当事人约定的或法律直接规定的,一方当事人违约时向另

一方当事人支付一定数额的金钱或其他给付。

这只是一个视角下对违约金的界定。其实,

违约金,

从不同的角度观察,

可有不同的所指。

每种所指均有其积极的价值,

不宜偏废。下文便从多种角度或层面观察、分析违约金,以助理

解。

1.

从客体的角度观察,

违约金是一方当事人向另一方当事人支付一定数额的金钱或其他

给付。金钱作为违约金,

最为常见。金钱以外的其他给付,

如有体物、

权利等充当违约金,也未

尝不可。

〔

1

3

2

〕

2.

从当事人约定的角度分析,

有违约金合同。违约金的约定,通常表现为主合同(如买卖、

建设用地使用权出让、

租赁、

技术开发等合同)中的一个或若干条款。对于这样的“条款”,

罗马

法及其后的德国、

日本、

中国台湾的民法等立法例及学说,

都将其看作合同,

并且是从属于主合

〔

1

2

9

〕[日]奥田昌道:

《债权总论》(增补版),

悠悠社 1

9

9

2年版,

第 1

8

2页。

〔

1

3

0

〕[日]谷口知平:

“损害赔偿额决定的基准时”,

载加藤一郎、米仓明编集:《民法的争点II·债权总论·债权各论》, 有斐阁
1

9

8

5年版,

第 3

6~3

7页。

〔

1

3

1

〕 韩世远:

《合同法总论》(第 3版),

法律出版社 2

0

1

1年版,

第 6

5

5页。

〔

1

3

2

〕 比如,

在中国台湾地区“民法”(第 2

5

3条)中,

于约定违约时应为金钱以外的给付的,准用违约金的有关规定,称为

“准违约金”。

第十三章　违约责任

3

7

2

同的从合同。至于《法国民法典》,

就其有关规定的字面意思看,

它一方面把违约金条款作为主

合同中的违约金条款看待(第 1

2

2

6条等),

另一方面也承认违约金债务系从属于主合同债务的

从债务(第 1

2

2

9条第 2项)。

违约金合同的成立,

不以违约金的实际交付为要件,只需要双方当事人协商一致,违约金

的实际支付乃此后违约行为发生之时或之后的事情,

故违约金合同为诺成合同,

非实践合同。

3.

从当事人约定与合同债务之间的关系思考,

当事人关于违约金的约定,

给潜在的违约方

预先赋加了一种债务。该项债务于当事人约定之时并无履行的效力,待相应的违约行为发生

之时,

才具有履行的效力。也就是说,

违约金债务是以主债务的违反为停止(生效)条件的,故

为附停止(生效)条件的债务。

4.

从担保抑或责任的角度辨析,

大陆法系均将违约金作为债的担保或合同的确保,

现行法

则把支付违约金作为违约责任的一种。对此,

本书于第八章 “合同的担保”之第一节 “合同

的担保概述”中已经详细分析过了,

此处不再赘述。

诚然,

所谓支付违约金系违约责任的方式,这一表述本身就表明了:违约金尚在合同未被

违反时的阶段,

并非承担违约责任的方式,仅仅为一种债务,属于中性的;合同被违反后,违约

方应当向守约方支付违约金时,

支付违约金方为承担违约责任的方式。

5.

单从违约金责任的角度分析,

可有如下结论:(1)违约金的支付有待于违约行为的实际

发生。至于违约行为的类型,

取决于当事人的约定(约定违约金场合)或法律的直接规定(法定

违约金场合),

并不先天地排斥任何一种违约行为的类型。例如,

当事人双方约定,

一方当事人

迟延履行时应向对方支付标的总额万分之三的违约金。于此场合,该违约金责任以迟延履行

为成立要件之一,

至于不能履行、

拒绝履行、

不完全履行、

迟延受领,

则不是成立要件,

除非它们

也演变成了迟延履行。(2)违约金责任的债务人是违约方,而非守约方。此点与定金有差异, 因为定金交付时尚未发生违约行为,

不知谁为违约方或守约方。待违约行为实际发生时,

交付

定金者的可能是违约方,

也可能是守约方。(3)违约金通常是向债权人支付的,但也不排除当

事人可以特别约定,

一方当事人违约时向第三人支付违约金,

比如约定向慈善机构支付。

二、

违约金的种类

(一)惩罚性违约金与赔偿性违约金

1.

惩罚性违约金

惩罚性违约金,

又称固有意义上的违约金,是对债务人过错违约的一种私的制裁,以确保

债权效力的违约金。因其属于一种私的惩罚,

故又称违约罚金。此种违约金的性质决定了:债

务人违约场合,

债权人除请求债务人支付违约金以外,

还有权请求损害赔偿。

〔

1

3

3

〕

2.

赔偿性违约金

赔偿性违约金,

是当事人双方预先估计的损害赔偿总额,

又叫做损害赔偿额的预定。这种

违约金的性质决定了:

债务人违约的场合,债权人不得同时请求债务人支付违约金和赔偿损

失,

只能请求支付违约金。至于能否不请求支付违约金,

而主张违约损害赔偿,

则观点不一。

赔偿性违约金的积极意义在于,

债权人于对方违约而请求损害赔偿时,

须证明损害及因果

〔

1

3

3

〕郑玉波:

《民法债编总论》(修订 2版),

陈荣隆修订,

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版,

第 3

1

7页。

关系。而此类举证,不但困难,且易产生纠纷,因而当事人为避免上述困难及纠纷,预先约定损害赔偿额或其计算方法,不失为良策,一方面,可以激励债务人履行债务;另一方面,如发生违约,则其责任承担简单明了。此种损害赔偿额的预定,也是一种违约金。

3.

惩罚性违约金的命运

大陆法系以赔偿性违约金为原则,只有在个别场合才承认惩罚性违约金。英美法系认为,赔偿性违约金,是指当事人双方预先真实地估算的,违约所致损失的赔偿数额。这种损害赔偿额的预定,应当是公平合理和恰如其分的,且不具有惩罚的目的。惩罚性违约金,是具有惩罚威慑性质的,以担保当事人允诺的预定损害赔偿。这种预定损害赔偿的数额过高,显然

不合

理,

因而不被法律所承认。

大陆法系允许法官酌情减少过高的赔偿性违约金,

因此可以说,

在赔偿性违约金的理解方

面,

大陆法系与英美法系基本一致。但在惩罚性违约金的判断方面,

英美法系则不同于大陆法

系,

它时常是根据违约金的数额与违约造成的实际损失数额之间的对比关系,来确定违约金的

性质。如果违约金的数额不合理地高于违约造成的损失数额,那么该违约金就应被认定为惩

罚性违约金。

在中国,

《经济合同法》(已被废止)时代,

对于惩罚性违约金的界定和判断类似于英美法。

此种模式存在着明显的缺陷:

(1)违约金究为赔偿性的还是惩罚性的,于当事人约定时尚难判

断,

只有等待违约实际发生后才可确定;

(2)违约伊始和违约较长、

违约较重所承担的违约金责

任是相同的,

显现出违约越重却惩罚越轻、违约越轻却惩罚越重的不足。有鉴于此,《合同法》

放弃了这种模式,

改采违约金责任与损害赔偿并存的才是惩罚性违约金的观点。

《合同法》第 1

1

4条第 1款和第 2款规定的违约金,属于赔偿性违约金。《合同法》第 1

1

4

条第 3款所规定的“就迟延履行约定违约金”,

可与“履行债务”并用,

在该项违约金属于对迟延

赔偿额的预定时,

属于赔偿性违约金;在该项违约金属于替代赔偿额的预定时,则构成惩罚性

违约金。

(二)约定违约金与法定违约金

依违约金的发生原因不同,

可以将其分为约定违约金和法定违约金。约定违约金,

是指由

当事人在合同中约定的违约金(参照《民法通则》第 1

1

2条、

《合同法》第 1

1

4条第 1款)。法定

违约金,

是由法律法规直接规定固定比率或数额的违约金。《合同法》第 6

3条规定的价格制

裁,

按照有的学说应当属于法定违约金。

〔

1

3

4

〕 再如,中国人民银行关于逾期罚息的规定,可以视

为法定违约金。

(三)抵销性违约金与排他性违约金

依违约金责任是否为最低数额的违约损害赔偿,违约金可分为抵销性违约金与排他性违

约金。

抵销性违约金,

系最低数额的违约损害赔偿。这种违约金不问违约行为是否给守约方造

成损失以及造成的损失的大小,

一律成立;

并且,

在违约金数额低于实际损失数额时,

守约方请

〔

1

3

4

] Gy

u

l

aEo

r

s

i

,Co

n

t

r

a

c

t

u

a

lRe

me

d

i

e

si

nSo
c
i
a
l
i
s
tLe
g
a
lSy
s
t
e
ms
,Gu
e
n
t
e
rH.Tr
e
i
t

e

l

,Re

me

d

i

sf

o

rBr

e

a

c

ho

fCo

n

t

r

a

c

t

(Co

u

r

s

e

so

fAc

t

i

o

nOp

e

nt

oAPa

r

t

yAg

g

r

i

v

e

d),

I

n

t

e

r

n
a
t
i
o
n
a
lEn
c
y
c
l
o
p
e
d
i
aCo
mp
a
r
a
t
i

v

eLa

w,Mo

u

t

o

n,Th

eHa

g

u

e

,An

d

L.

B.

Mo

h

r

(Pa

u

lSi

e

b

e

c

k),Tü

b

i

n

g

e

n,

1

7

5(1

9

7

6).

第十三章　违约责任

5

7

2

求违约方支付违约金之后,

还可就未获补偿的损失请求违约方再予赔偿。

排他性违约金,

系最高数额的违约损害赔偿。这种违约金绝对排斥违约损害赔偿, 即使违

约方支付违约金后守约方仍有损失,

且有证据证明的情况下,也不允许守约方再向违约方请求

损害赔偿。

三、

违约金责任的成立

首先,

违约金责任,

作为一种从债务,

成立的前提是存在着有效的合同关系,

如果主债务不

成立、

无效、

不被追认或被撤销,

则违约金债务也就不成立或无效。不过,应当注意的是,在因

违约而解除合同场合,

合同中的违约金条款,仍然可以援用。此外,违约金条款自身不违反法

律、

行政法规的强制性规定,不违背公序良俗。否则,违约金条款无效,违约金责任也不会产

生。例如,

在违约金系赔偿损失额预定的情况下,当事人约定违约金与赔偿损失并存,守约方

因此获取“不当得利”,

可认定该违约金条款无效,

违约金责任则无从谈起。

其次,

违约金责任的成立还要有违约行为的存在。至于违约行为的类型, 应视当事人的约

定或法律的直接规定加以确定。在此需要特别指出的是,

附随义务被违反,

亦可成立违约金责任。

再次,

违约金责任的构成是否要求违约人具有过错?应当区分类型,作具体分析。(1)如

果当事人约定违约金责任的成立以一方当事人有过错为要件的,

依其约定。(2)在《合同法》分

则以及单行法规中特别规定违约责任为过错责任场合,违约金责任的成立应当要求过错要件。

(3)韩世远教授认为,

在惩罚性违约金场合,

由于其目的在于给债务人心理上制造压力,

促使其

积极履行债务,

同时,

在债务不履行场合,表现为对过错的惩罚,因而,应当要求以债务人的过

错作为其承担惩罚性违约金的要件。

〔

1

3

5

〕(4)在赔偿性违约金场合,除前述特别情形外,不要求

以过错为成立要件。其原因在于,

赔偿性违约金在性质上是对损害赔偿额的预定,

强调的是对

因违约造成的损害的补偿,

不必把过错作为归责事由,

这也符合《合同法》的无过错责任原则。

最后,

是否要求证明损害的存在及其大小?就惩罚性违约金而言,因其非为损害赔偿,违

约金的发生不以损害的发生为必要。

〔

1

3

6

〕 至于赔偿性违约金的构成是否以损害为要件,需要将

构成要件和举证责任区分开来。作为赔偿损失额预定的违约金,有推定损害发生的效力。这

本身就表明,

赔偿性违约金的成立以违约造成了损害为要件之一;同时也表明,首先应推定存

在损害,

违约方欲不承担支付违约金的责任,

须举证违约行为没有给守约方造成损害。若举证

成功,

则可不负违约金责任;

若举证不成功,

则应负支付违约金的责任。所以,

那种赔偿性违约

金的成立不以损害为要件的意见,

是不够准确的。

四、

违约金数额的增减

(一)违约金数额增减的理念基础

赔偿性违约金作为对赔偿损失额的预定,

虽然不要求其数额与实际损失额完全一致,

但两

者也不宜相差悬殊,

否则,

会使违约金责任与赔偿损失的一致性减弱乃至丧失,而使两者的差

别性增大,

以至于成为完全不同的东西。因此,违约金的数额过高或过低时允许调整是适宜

〔

1

3

5

〕 韩世远:

“中国的履行障碍法”,

载《私法研究》(创刊号),

中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,

第 1

9

3页。

〔

1

3

6

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 4

9

9页。



的。此其一。违约金的数额与损失额应大体一致。这是商品交换的等价原则的要求在法律责

任上的反映,

是合同正义的内容之一,是合同法追求的理想之一。既然如此,违约金的数额过

高或过低时予以调整,

就有其根据。此其二。

〔

1

3

7

〕在当前企业经营状况普遍较为困难的情况下,

对于违约金数额过分高于违约造成损失的,应当根据合同法规定的诚实信用原则、公平原则, 坚持以补偿性为主、

以惩罚性为辅的违约金性质,合理调整裁量幅度,切实防止以意思自治为

由而完全放任当事人约定过高的违约金(法发[2

0

0

9]4

0号第 6条)。此其三。

《合同法》第 1

1

4条第 2款的规定,以及法释[2

0

0

9]5号第 2

8条和第 2

9条的规定、法发

[2

0

0

9]4

0号第 5条至第 8条的规定,

正是上述理念的体现。

此外,

违约金数额可由当事人约定增加或减少,乃意思自治原则的题中之义,在本部分也

一并论及。

(二)判断违约金数额不适当的比照基准

《合同法》第 1

1

4条第 2款规定:

“约定的违约金低于造成的损失的,当事人可以请求人民

法院或者仲裁机构予以增加;

约定的违约金过分高于造成的损失的,当事人可以请求人民法院

或者仲裁机构予以适当减少。

”这比较清楚地表明,

判断违约金数额不适当的比较基准,

是违约

给守约方造成的损失。

鉴于人们对此处所谓损失的理解不尽一致,

法释[2

0

0

9]5号进一步明确为因违约“造成的

实际损失”(第 2

8条、

第 2

9条)。至此,可以说,判断违约金数额不适当的比较基准,是违约给

守约方造成的实际损失。

(三)违约金的增加

1.

违约金数额增加的比照基准

分析《合同法》第 1

1

4条第 2款前段关于“约定的违约金低于造成的损失的,

当事人可以请

求人民法院或者仲裁机构予以增加”的规定的文义,

可知请求增加违约金数额的比照基准是违

约金低于守约方因对方违约所遭受的实际损失。仅仅是“低于”, 而非“过分低于”。

2.

违约金数额增加请求权及其主体

分析《合同法》第 1

1

4条第 2款前段的规定及违约案型,可知请求人民法院或仲裁机构增

加违约金数额的权利人为守约方。当然,

违约方请求人民法院或仲裁机构增加违约金数额的,

只要是其真意,

人民法院或仲裁机构也无须反对。

违约金数额增加请求权,

行使方式为诉讼方式,

守约方径直向违约方请求不发生相应的法

律效力。并且,

违约金数额增加请求权,如同其字面含义,属于请求权,而非形成权,仅有守约

方单方请求增加违约金数额的,并不发生违约金数额增加的法律效力。这是它不同于可撤销

合同场合变更权、

瑕疵给付场合的减价请求权之处。

3.

违约金数额增加的裁定权及其限制

考察《合同法》第 1

1

4条第 2款前段的规定,

可知守约方仅有违约金数额增加请求权,

却无

决定权。是否准予增加违约金的数额,最终要由人民法院或仲裁机构依职权裁定。这可避免

反复举证、

质证、

反证甚至于鉴定等繁重的、

得不偿失的工作,

将赔偿性违约金控制在违约所致

实际损失之内,

不准予赔偿性违约金与违约损害赔偿并罚。这也与违约金数额增加请求权非

〔
1
3
7
〕崔建远:
《合同责任研究》,
吉林大学出版社 1
9
9
2年版,
第 2
5
1页。
第十三章　违约责任
7
7
2
形成权的属性相匹配。
〔
1
3
8
〕
(四)违约金数额的适当减少

1.

违约金数额适当减少的比照基准

分析《合同法》第 1

1

4条第 2款后段关于“约定的违约金过分高于造成的损失的,

当事人可

以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少”的规定,

可知请求适当减少违约金数额的比照基

准是违约金过分高于守约方因对方违约所遭受的实际损失。

“过分高于”还是“一般高于”的判断基准,

法释[2

0

0

9]5号第 2

9条第 2款作出了明确的规

定:

“当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的,一般可以认定为合同法第一百一十

四条第二款规定的‘过分高于造成的损失’。

”

2.

违约金数额适当减少请求权

分析《合同法》第 1

1

4条第 2款后段的规定及违约案型,可知违约金数额适当减少请求权

人为违约方。当然,

守约方主动提出减少违约金数额的,只要是其真意,人民法院或仲裁机构

同样无须反对。

违约金数额适当减少请求权,

行使方式为诉讼方式,

违约方径直向守约方请求不发生相应

的法律效力。并且,

违约金数额适当减少请求权,如同其字面含义,属于请求权,而非形成权, 仅有违约方单方请求适当减少违约金数额,并不发生违约金数额减少的法律效力。这是它不

同于可撤销合同场合变更权、

瑕疵给付时场合的减价请求权之处。

3.

违约金数额适当减少的裁定权

分析《合同法》第 1

1

4条第 2款后段的规定,

以及法释[2

0

0

9]5号第 2

9条第 1款的规定,

可

知违约方仅有适当减少违约金数额的请求权,

却无决定权。是否准予适当减少违约金的数额,

裁定权在人民法院或仲裁机构。这与违约金数额适当减少请求权非形成权的属性相匹配。

人民法院或仲裁机构在裁量是否准予适当减少违约金的数额时,并非完全自由,而是“应

当以实际损失为基础,

兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素,根

据公平原则和诚实信用原则予以衡量,

并作出裁决”(法释[2

0

0

9]5号第 2

9条第 1款)。“应当

根据案件的具体情形,

以违约造成的损失为基准,

综合衡量合同履行程度、

当事人的过错、

预期

利益、

当事人缔约地位强弱、

是否适用格式合同或条款等多项因素,根据公平原则和诚实信用

原则予以综合权衡,

避免简单地采用固定比例等‘一刀切’的做法,

防止机械司法而可能造成的

实质不公平”(法发[2

0

0

9]4

0号第 7条)。

4.

举证责任及其分配

解读《合同法》第 1

1

4条第 2款后段的规定,

以及法释[2

0

0

9]5号第 2

9条的规定可知,

对于

违约给守约方造成的实际损失,

应当由请求减少违约金数额的违约方举证。

在这里,

存在的问题是,

一般来说,违约方很难举证证明守约方因对方当事人违约而受多

少损失。按照一般的逻辑,

违约方若举证不成功,则关于减少违约金数额的请求将难获支持。

如此理解和操作,

《合同法》第 1

1

4条第 2款后段以及法释[2

0

0

9]5号第 2

9条的规定难以发挥

其应有的作用。

在审判、

仲裁的实务中,

有些合议庭、

仲裁庭为了解决上述难题,

巧妙地运用了举证责任转

〔

1

3

8

〕 崔建远:

《合同法》(第 2版),

北京大学出版社 2

0

1

3年版,

第 3

9

2页。

换的技术,

对违约方在这方面的举证,采取较为宽容的态度,适当减轻违约方的举证负担。例

如,

在以金钱为标的的案件中,

违约方举证同期银行贷款利率,

将之与违约金数额相比较,

得出

违约金数额超出了按同期银行贷款利率计算所得钱数 3

0%的结论,就算完成了对违约金数额

过高这一事实的举证责任。守约方若不同意,须举证自己因违约所受损失已经高于同期银行

贷款利率计算所得钱数,

违约方不得按同期银行贷款利率为准计算,不然,就认定违约金数额

过高。再如,

在商家租赁店铺的合同中,

出租人违约,

致使合同不得不终止。于此场合,承租人

依约请求出租人支付违约金,

出租人若认为违约金过高,可举证相仿于承租人的实际损失的状

况,

并以此为准,

证明违约金数额过高。承租人若不同意该项证明,须自己举证其实际损失数

额,

以证明违约金数额没有超过实际损失额的 3

0%;否则,违约方关于减少违约金数额的请求

会得到支持。

〔

1

3

9

〕

(五)违约金与限制完全赔偿规则

赔偿性违约金在性质上既属于对损害赔偿额的预定,

因而,

有关限定损害赔偿范围的特别

规则,

包括过失相抵、

减轻损失规则及损益相抵规则,

对于赔偿性违约金也应当适用。

(六)违约金数额增减与程序法

法释[2

0

1

2]8号第 2

7条规定:

“买卖合同当事人一方以对方违约为由主张支付违约金,对

方以合同不成立、

合同未生效、

合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过

高的违约金的,

人民法院应当就法院若不支持免责抗辩,当事人是否需要主张调整违约金进行

释明(第 1款)。

”“一审法院认为免责抗辩成立且未予释明,

二审法院认为应当判决支付违约金

的,

可以直接释明并改判(第 2款)。

”该条规定没有采取举重明轻的解释方法,

而是采取了程序

法上的释明,

表明实体法、

程序法各有妙用,

不可偏废。

五、

违约金的免除

违约金责任能否由法院决定免除?在惩罚性违约金场合,该违约金不以损失的发生为必

要,

因而不管有无损失发生,

违约金都不得被免除。而作为赔偿损失额预定的违约金,有推定

损失发生的效力,

因而如果没有损失发生,

或者损益抵销时,

违约方又非故意违约,

只要违约方

举证成功,

就可以免除其违约金责任。此外,

下文介绍和讨论若干具体问题。

法释[2

0

1

2]8号第 2

4条第 1款规定:

“买卖合同对付款期限作出的变更,不影响当事人关

于逾期付款违约金的约定,

但该违约金的起算点应当随之变更。

”其中,所谓“不影响当事人关

于逾期付款违约金的约定”,

是指当事人约定了逾期付款的违约金这点(质的方面)不因付款期

限的变更而受影响,

或曰关于逾期付款违约金的约定依然有效,并非指在个案中逾期付款违约

金责任的实际成立依旧不变。至于逾期付款违约金责任实际成立与否,则应当具体情况具体

分析。

〔

1

4

0

〕

法释[2

0

1

2]8号第 2

4条第 2款规定:

“买卖合同约定逾期付款违约金,买受人以出卖人接

受价款时未主张逾期付款违约金为由拒绝支付该违约金的,

人民法院不予支持。

”这有其道理,

与诉讼时效制度、

沉默与意思表示之间关系、

买卖合同项下债权的实现与违约金责任关系之间

〔

1

3

9

〕 崔建远:

《合同法》(第 2版),

北京大学出版社 2

0

1

3年版,

第 3

9

3页。

〔

1

4

0

〕 较为详细的分析,

参见崔建远:

《合同法》(第 2版),

北京大学出版社 2

0

1

3年版,

第 3

9

5页。

第十三章　违约责任

9

7

2

的关系,

都是一致的。

〔

1

4

1

〕

六、

违约金的累计与吸收

在同一个合同中,

违约方不履行合同可能同时构成不同的违约类型,

如不履行合同既表现

为不完全履行又构成迟延履行。这就出现了可否将不完全履行的违约金和迟延履行的违约金

累积计算的问题。还有,

法律对迟延履行规定的违约金的比率是每迟延一天的比率,

所以迟延

履行超过一天时也存在累积计算的问题。

关于迟延履行的违约金的累计,中国合同法有具体规范。例如,《供电营业规则》第 9

8条

规定:

“用户在供电企业规定的期限内未交清电费时,应承担电费滞纳的违约责任。电费违约

金从逾期之日起计算至交纳日止。每日电费违约金按下列规定计算: 1.居民用户每日按欠费

总额的千分之一计算。2.其他用户:(1)当年欠费 部 分,每 日 按 欠 费 总 额 的 千 分 之 二 计 算; (2)跨年度欠费部分,

每日按欠费总额的千分之三计算;(3)电费违约金收取总额按日累加计

收,

总额不足 1元者按 1元收取”(第 1款)。

对迟延履行的违约金累计的总额是否有限制,应视具体情况而定。如果无限累计违反违

约金系赔偿损失额预定的性质,

不符合违约金过分高于实际损失时予以减少的精神,就不得无

限累计;

反之,

就不宜限制违约金的累计。

不同类型的违约行为的违约金也可以累计,

只是因累计使违约金的数额不合理得过高时,

可以减少违约金的数额。当不完全履行导致不能履行时,违约金是累计还是吸收应根据具体

情况而定。

为什么会出现违约金累计和违约金吸收的区别?是因为现行法上的违约金基本上是对赔

偿损失额的预定,

赔偿损失以完全赔偿为原则。这样,

当一种违约行为的违约金的数额低于违

约造成的全部损失,

而该违约行为又导致另一种违约行为出现,第二种违约行为的违约金的数

额也低于违约造成的全部损失时,

那么只有这两种违约金累计才符合违约金的性质要求,才符

合完全赔偿原则的精神。当然,

累计后的违约金数额不合理得过高时,

可依照违约金数额减少

的规则减少之。在第一种或第二种违约行为的违约金数额不低于全部损失时,则不能适用累

计规则,

而应适用吸收规则,

受害人只能请求一种违约行为的违约金。

七、

违约金责任与其他违约救济方式

(一)违约金责任与强制履行

因为《合同法》放弃了以违约金数额高于实际损失数额的属于惩罚性违约金的旧制,改采

违约金与强制履行并存、

与赔偿损失并存的为惩罚性违约金的理念及模式,所以,惩罚性违约

金可以与强制履行并存。

至于赔偿性违约金可否与强制履行并存,

需要区分情况而定。(1)赔偿性违约金系专为不

能履行而约定的,

则违约金不可能与强制履行并存。(2)赔偿性违约金是针对拒绝履行而约定

的,

且无排斥强制履行的条款,

则违约金可与强制履行并存。至于是否允许守约方双重请求,

取决于违约方强制履行之后守约方有无损失,

若有,应允许守约方一并请求支付违约金和强制

〔

1

4

1

〕较为详细的分析,

参见崔建远:

《合同法》(第 2版),

北京大学出版社 2

0

1

3年版,

第 3

9

5~3

9

6页。

0

8

2　合同法(第六版)

履行,

不然,

就违反了赔偿性违约金系损害赔偿额的预定的本质属性;

若无,

则只允许守约方任

选其一而主张,

以防其获得“不当得利”。(3)赔偿性违约金是针对履行迟延约定的,应依《合

同法》第 1

1

4条第 3款的规定,

允许守约方一并请求强制履行和支付违约金。(4)赔偿性违约

金是针对不完全履行约定的,

依不完全履行发展演变的结果而决定违约金可否与强制履行并

存。一是不完全履行演变成不能履行的,

按照上述“(1)”的规则处理;二是不完全履行演变成

迟延履行的,

依据上述“(3)”的规则解决;

三是不完全履行就是不完全履行,

没有演变成其他类

型的违约行为的,

应允许守约方援用《合同法》第 1

1

1条关于修理、

更换、

重作的规定,

请求违约

方补救,

同时可向违约方主张违约金责任。

(二)违约金与违约损害赔偿

惩罚性违约金,

由其本性决定,

可以与违约损害赔偿并罚。

赔偿性违约金与违约损害赔偿可否并罚,

宜区分情况而定。抵销性违约金,

即损害赔偿最

低额的预定的违约金,

由其本质决定,可与违约损害赔偿并存,只不过该损害赔偿中所谓的损

害限于支付违约金后仍未得到填补的损失。排他性违约金,

顾名思义,

排除违约损害赔偿等救

济方式的违约金,

天然地排斥违约损害赔偿,

故排他性违约金与违约损害赔偿不可并罚。

(三)违约金与定金

违约金与定金能否并罚,观点不一。《合同法》第 1

1

6条规定,同时约定了违约金和定金

时,

守约方只能选择其一而主张。本书认为,这种观点过于绝对化和简单化,需要重新评价。

违约金与定金能 否 并 罚,取 决 于 定 金 的 种 类 和 性 质,也 受 制 于 违 约 金 的 性 质 和 完 全 赔 偿 原

则。

〔

1

4

2

〕

如果定金属于违约定金,由于违约定金具有预付违约金的性质,

〔

1

4

3

〕该定金与违约金在目

的、

性质、

功能方面相同,

因此,

两者一般不能并罚,其道理如同违约责任与侵权责任竞合时不

能双重请求一样。但是,

如果当事人明确约定定金以拒绝履行、不能履行为罚则的生效条件, 而违约金则属于迟延履行或不完全履行的违约金时,那么,当迟延履行导致不能履行时,或不

完全履行导致不能履行时,

定金和违约金的目的和功能已有所不同,

因而两者可以并罚。在拒

绝履行导致迟延履行时,

基于同样的道理,

违约金和定金也可以并罚。此其一。在定金为解约

定金时,

虽然因定金的抛弃或加倍返还可以解除合同,但只要是违约系因可归责于违约方的原

因,

违约金仍可成立。此其二。由于违约金和定金各具有自己的目的、性质和功能,两者可以

并罚。定金为证约定金或成约定金时,它与违约金在目的、性质和功能方面均有不同,两者可

以并罚。此其三。

需要指出的是,

考虑到现行法上的违约金基本上是作为赔偿损失额的预定而存在的, 因而

当定金与违约金并罚导致数额过高,

显失公平时,

可以减少并罚的数额。对此,

法释[2

0

1

2]8号

已予以承认,

于其第 2

8条规定:

“买卖合同约定的定金不足以弥补一方违约造成的损失,对方

请求赔偿超过定金部分的损失的,

人民法院可以并处,但定金和损失赔偿的数额总和不应高于

因违约造成的损失。

”

〔

1

4

2

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 2

5

6页以下。

〔

1

4

3

〕史尚宽:

《债法总论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

7

8年版,

第 4

9

4页。

(四)违约金与合同解除

因为当事人违约而产生的违约金责任是客观存在的,不能因合同解除而化为乌有,对此, 不论什么性质的违约金均应一样。为了兼顾违约金需要以合同关系存在为前提的理论,在合同解除有溯及力时,可以拟制合同关系在违约金存在的范围内继续存在。〔144〕在现行法上,违约金并不因为合同解除而受影响,仍可请求。对此,法释[2012]8号第26条已经明确承认了。〔14

4

〕崔建远:

《合同责任研究》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 2

5

7页。

# 第十四章　合同的解释

## 第一节　合同解释概述

一、

合同解释的界定

合同解释,

“是确定当事人双方的共同意思”,

〔1〕

是指“对合同及其相关资料的含义所作的

分析和说明。不论合同用语是否清楚,

均须解释。当合同条款不清楚时,

法院可以远离最初的

协议来确定当事人双方的真意”。

〔2〕合同解释的任务在中国十分繁重,因为法律规范的用语

越概括,

就越不明确,

适用时给予法官的自由也就越大;

法律规范的具体性有所减少,

法官的解

释任务就自然而然地有所增加。

〔3〕

处理合同案件,

首先须确定合同是否成立;若已经成立,该合同是否有效。判断合同是否

成立、

有效的规则,

适用《合同法》第 2

5条及第 3

2条、

第 3

3条、

第 3

6条、

第 3

7条、

第 4

4条、

第 4

7

条、

第 4

8条、

第 5

1条、第 5

2条、第 5

4条等规定的规则,不是合同解释的规则。

〔4〕 但寻找这些

法律规范,

判断合同成立与否、

有效与否的过程,

有学说认为属于合同解释的活动。

〔5〕

二、

合同解释与法律解释

1.

法律系针对多数人的,

合同原则上仅仅拘束着双方当事人,

因而,

在解释合同时,通常可

以顾及意思表示受领人独特的理解能力,

而解释法律则不允许进行类似的顾及,以免可能依据

不同的人的理解而赋予法律不同的意义。

〔6〕

2.

凡是法律均有其目的,

法律目的是最重要的解释标准。在合同解释中,

将目的作为解释

标准时必须十分谨慎。由于一方当事人所追求的目的,

未必是另一方所追求的目的,

目的并不

能直接决定合同的内容。

〔7〕

3.

法律解释适用的一些规则,

在解释合同时并不适用,

或者不明显适用。最突出的是法律

的合宪性解释。在对法律可以作出多种解释的情况下,

应优先采用符合宪法精神的解释结果,

即使这种解释结果与法律制定者的意思相违背。相反,

在解释合同时,

符合法律的解释原则或

〔1〕《法国民法典》第 1

1

5

6条;

La

.

Ci

v.

Co

d

eAn

na

r

t

.

2

0

4

5。

〔2〕 Ra

b

e

n

h

o

r

s

tFu

n

e

r

a

lHo

me

,

I

n

c

.v.

Te

s

s

i

e

r

,

6

7

4So.

2d1

1

6

4(La

.

Ap

p
.1s
tCi
r
.
1
9
9
6).
〔3〕 [法]勒内·达维德:
《当代主要法律体系》,
漆竹生译,
上海译文出版社 1
9
8
4年版,
第 9
0页。
〔4〕 S
e
eAr
t
h
u

rLi

n

t

o

nCo

r

b

i

n,Co

r

b

i

no

nCo

n

t

r

a

c

t

(o

n

ev

o

l
u
mee
d
i
t
i
o
n
),We
s
tPu
b
l
i
s
h
i
n
gCo.
,
4
8
8(1

9

5

2).

〔5〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国民法总论》,

邵建东译,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 2

3

4~2

3

6页。

〔6〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国民法总论》,

邵建东译,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 2

3

3页。

〔7〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国民法总论》,

邵建东译,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 2

3

3页。



符合善良风俗的解释原则,

至少并不具有像合宪性解释那样的确定性适用。诚然,

对于某种类

型的合同,

即已经履行的长期债务关系,

人们也竭尽全力要避免无效后果的发生。

〔8〕

4.

填补法律漏洞,

或用类推适用的方法,或用目的性限缩的方法,或用目的性扩张的方法

等,

不会用任意性规范填补漏洞。与此不同,

对合同漏洞的补充,

时常要援用任意性规范。

5.

在合同就特定事项约定不明的场合,

若法律对此已有明文,

则应按法律的规定确定该合

同条款的含义,

而不得抛开法律的明文规定,

依自己的偏好为任意解释。

6.

应当注意的是,

合同解释与法律解释之间的关系要比以上所述复杂得多。合同解释的

过程本身会涉及法律的规定,

合同解释完成后进入法律适用阶段,而法律适用仍然与法律解释

相连。由此决定合同解释与法律解释相互交织。其实,合同解释的过程本身就往往伴随着法

律解释,

于此场合,

合同解释的同时便有法律解释,

法律解释为合同解释服务,

合同解释与法律

解释交织。

还需注意的是,

在某些情况下,

对某具体的法律条文的解释因对某具体的合同条款的解释

或多或少地修正了以往对该法律条文的解释,因该法律条文解释的修正又导致了其后此类合

同条款的解释发生变化。

三、

合同解释与单独行为的解释

解释单独行为,

所探求的只是该行为人的意思。例如,

遗嘱人的意思、

悬赏广告人的意思,

除此之外,

不探求他人的意思。而在合同中,

各方都选择某些表达符号并赋予其意思。对同一

表达符号,

一方赋予的意思与相对人所赋予的意思可能存在着实质的不同。

〔9〕 合同解释,必须

探求双方一致的意思表示。

立遗嘱时,

遗嘱人不要求他人理解或同意,不需要任何人作回复性的允诺、给予已经履行

的约因或做出任何其他信赖行为。而这些因素大多要成为合同的订立和履行的一部分。法院

必须根据可适用的法律确定哪一方的意思应居于主导地位,相较于确定遗嘱人的意思更为复

杂、

困难。

〔

1

0

〕

四、

解释的主体

对合同及其相关资料的含义进行分析和说明,

任何人都有权进行。例如,

当事人双方时常

对其订立的合同进行分析和说明,即进行合同解释。发生合同纠纷,诉诸法院或仲裁机构时, 法官、

仲裁员、

当事人、

诉讼代理人、

证人、 鉴定人等,都可从各自不同的角度解释合同;合同在

鉴证、

公证时,

鉴证人员、

公证人员、

当事人也要解释合同;消费者协会等社会团体对投诉的合

同纠纷,

要发表对合同及其相关资料的看法;学者进行个案研究时,亦需对合同及其相关资料

进行解释。可见,

合同解释无处不在,

无时不有。这是广义的合同解释。

狭义的合同解释专指有权解释,即受理合同纠纷的法院或仲裁机构对合同及其相关资料

的含义所作的有法律拘束力的分析和说明。

〔8〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国民法总论》,

邵建东译,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 2

3

3~2

3

4页。

〔9〕 Ar

t

h

u

rLi

n

t

o

nCo

r

b

i

n,Co

r

b

i

no

nCo

n

t

r

a

c

t

(o

n

ev

o

l

u

mee

d

i

t

i

o

n

),We

s

tPu

b

l

i

s

h

i

n

gCo

.

,

4

8

9(1

9

9

5

2).

〔

1

0

〕I

b

i

d.

4

8



五、

合同解释的客体

合同解释的客体,

即合同解释工作指向的对象。从实际的合同解释看,

在不同的合同争议

中,

解释的客体也不一致:

(1)在因合同中的语言文字表达含混不清、

模棱两可或相互矛盾而发

生争议场合,

合同解释的客体即是意思含混不清、模棱两可或相互矛盾的语言文字的含义。

(2)在当事人一方主张合同的语言文字所表达的含义与其内心真意相异或相悖场合, 当事人的

内心真意如何,

即成为合同解释的客体。(3)在合同纠纷系因欠缺某些条款而使当事人之间的

权利义务关系不甚明确时,

合同解释的客体即是漏订的合同条款。(4)在合同内容不符合法律

要求,

需要变更、修订其规定场合,不适法的合同内容即是合同解释的客体……据此可知,首

先,

合同解释的客体不仅仅是“发生争议的合同中使用的语言文字”, 没有争议的合同文字也同

样需要解释。

〔

1

1

〕其次,需要解释的不仅仅是“合同条文或所用文句的正确含义”,而“是全面考

虑与交易有关的环境因素,

包括书面文据、

口头陈述、

双方表现其意思的行为,

以及双方缔约前

的谈判活动和交易过程、

履行过程或者惯例”。

〔

1

2

〕“不仅仅合同中的用语需要解释,订立合同

的过程中所使用的用语和实施的行为,要约、承诺、自身不会生效的初步联系中所使用的用语

和实施的行为—

—

—所有这些,

在我们能够说双方当事人已经达成了协议之前,

在我们能够确定

它是否赋予合同以法律效力之前,

都需要解释。

”〔13〕

在合同解释的客体方面,

还需要讨论不符合法律要求的对象是否属于解释的范畴这一问

题。一般来说,

合同解释系确定合同用语和条款的含义。从这个意义上说,

合同解释的对象应

该是有效的合同及其用语和条款。不过,如上文所述,确有观点把合同解释的范围界定得很

宽。

〔

1

4

〕

六、

合同解释的效力

狭义的合同解释的结果是制作调解书、

裁决书或判决书的主要根据之一,

对当事人具有强

制执行的法律拘束力,

是一件非常严肃的工作,

必须符合法律的要求始能生效。

## 第二节　合同解释的原则

解释合同,

应遵循一些基本思想,以达到合同目的,实现公平正义。“这些合同解释的原

则,

不论是立法提供的还是法理学阐明的,对于法律实务工作者与商人都是重要的,他们需要

确定合同的含义。

”〔15〕这些合同解释的原则同时也是合同解释的方法。根据《合同法》第 1

2

5

条等条款的规定及解释,

介绍以下原则。

〔

1

1

〕 苏惠祥主编:

《中国当代合同法论》,

陶章启执笔,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 2

4

7页。

〔

1

2

〕 E.

Al

l

a

nFa

r

n

s

wo

r

t

h

,

Fa
r
n
s
wo
r
t
ho
nCo
n
t
r
a
c
t
s
,
Li
t
t
l
e
,
Br

o
wna
n
dCo
mp
a
n
yLi
mi
t
e
d,2
5
5(1
9
9
0).
〔
1
3
〕 Ar
t
h
u

rLi

n

t

o

nCo

r

b

i

n,Co

r

b

i

no

nCo

n

t

r

a

c

t

(o

n

ev

o

l

u

mee

d

i

t

i

o

n

),We

s

tPu

b

l

i

s

h

i

n

gCo

.

,4

8

8(1

9

5

2).

〔

1

4

〕[德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国民法总论》,

邵建东译,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 2

3

5~2

3

6页。

〔

1

5

〕P

a

t

r

i

c

kS.Ot

t

i

n

g

e

r

,Pr

i

n

c

i

p

l

e

so

fCo

n

t

r

a

c

t

u

a

lI

n

t

e

r

p

r

e

t

a

t

i

o

n

,6

0La

.L.Re

v.

,7

6

5(Sp

r

i

n

g

,

2

0

0

0).

第十四章　合同的解释

5

8

2

一、

以合同文义为出发点,

客观主义结合主观主义原则

合同条款系由语言文字所构成。欲确定合同条款的含义,

必须先了解其所用词句,

确定词

句的含义。这需要明确该词句的通常含义,在当事人按通常含义使用该词句时尤其如此(《合

同法》第 4

1条)。不过,

在当事人赋予该词句特别含义时,

合同解释就“并非始于用语的本身含

义,

而是始于双方当事人签订合同时采用的含义”。

〔

1

6

〕

合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的,对各文本使用的词句推定具有

相同含义(《合同法》第 1

2

5条第 2款)。

当事人在签订合同时采用的含义,

是指其内心的意思,

还是表示出来的意思。现代法奉行

表示主义,

应按当事人表示出来的意思加以解释。“所谓当事人之真意,不是指当事人主观内

心之意思,

而是从意思表示受领人立场去认定之‘客观表示价值’”。

〔

1

7

〕 这就是客观主义。

所谓当事人表示出来的意思,

首先是以合同用语为载体的意思。这就要依据合同用语解

释合同。但由于主客观方面的原因,

合同用语时常不能准确地反映当事人的真实意思,

有时甚

至相反。这就要求解释合同不能拘泥于合同文字,而应全面考虑与交易有关的环境因素(情

事),

包括书面文件、

口头陈述、双方表现其意思的行为以及双方缔约前的谈判活动和交易过

程、

履行过程或惯例。

不过,

在合同因欺诈、

胁迫、

乘人之危、

错误等原因而订立的情况下,

如果不考虑受欺诈人、

受胁迫人、

处于困难境地的人、

重大误解人的内心真意,

片面强调他们表示于外部的意思,

反倒

不利于受欺诈人等,

甚至是怂恿欺诈等违法行为的发生。于此场合,

尚应采取主观主义的解释

原则。不过,

总的来说是客观主义为主,

主观主义为辅。

奉行客观主义,

在具体运作时,

应把握以下要点:

在解释合同用语的过程中,

人们常说我们

探寻双方当事人的意思和意图,

但是,由于双方当事人可能有不同的意思和意图,法院必须确

定谁的意思和意图具有法律效力,

如果只能选择其中之一的话,

〔

1

8

〕

在双方对合同用语理解不同

的场合,

法院应以一个理性人处于缔约环境中对合同用语的理解为准,来探寻合同用语的含

义,

支持一方对合同用语的理解,

漠视另一方的理解。在双方对某合同用语并未赋予特定含义

的情况下,

法院可以客观合理性标准(o

b

j

e

c

t

i

v

es

t

a

n

d

a

r

do

fr

e

a

s

o

n

a

b

l

e

n

e

s

s

)来揭示合同用语的含

义,

而根本不需要考虑双方的任何意图。最后一点,仍不要忘记下述普通法系主流的观点:合

同是完全依靠当事人的内心真意(i

n

t

e

n

t

i

o

n

)所产生的结果,

而非法院强加的。法院不为当事人

订立合同,

也不调整或者改变由当事人拟定的条款。

〔

1

9

〕

二、

体系解释原则

体系解释,

又称整体解释,

是把全部合同条款和构成部分看作一个统一的整体,从各个合

同条款及构成部分的相互关联、

所处的地位和总体联系上阐明当事人系争的合同用语的含义,

或者拟出欠缺的合同条款。有时甚至要有条件地把相关交易、连续交易看成一个整体来解释

〔

1

6

〕E.

Al

l

a

nFa

r

n

s

wo

r

t

h

,

Fa

r

n

s

wo

r

t

ho

nCo

n

t

r

a

c

t

s

,

Li

t

t

l

eBr

o

a

na

n

dCo

mp

a

n

yLi

mi

t

e

d

,

2

4

4(1

9

9

0).

〔

1

7

〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1
9
9
3年版，
第 1
7
8页。
〔
1
8
〕 Ar
t
h
u
rLi
n
t
o
nCo
r
b
i
n,Co
r

b

i

no

nCo

n

t

r

a

c

t

(o

n

ev

o

l

u

mee

d

i

t

i

o

n),We

s

tPublishingCo.,500(1952). 〔19〕 P. S. Atiy

a
h
,
Th
eRi
s
ea
n
dFa
l
lo
fFr
e
e
d
o
m o
fCo
n
t
r
a
c
t

, Oxford Clarendon Press, 681(1979). 6

合同条款。

《合同法》第 1

2

5条第 1款关于按照合同的有关条款予以解释、第 6

1条关于合同欠缺质

量、

价款或者报酬、

履行地点等条款时按照合同有关条款加以确定的规定,可看作是肯定了体

系解释原则。

之所以应贯彻体系解释原则,

首先,

合同条款经双方当事人协商议定,

自然需平等对待,视

同一体。

〔

2

0

〕其次,为表达和传递当事人的合同意图所使用的语言文字,在合同的整个内容中是

有组织的,

而不是毫无联系、

彼此分离的词语排列。因而,如果不把争议的条款或词语与其上

下文所使用的其他词语联系起来,

而是孤立地去探究它的一般意思或可能具有的意思,就很难

正确、

合理地确定当事人的实际意图。相反,还可能产生不该有的误解。再次,合同内容通常

是单纯的合同文本所难以完全涵盖的,

而是由诸多的其他行为和书面材料所组成,诸如双方的

初步谈判、

要约、

反要约、

信件、

电报、

电传,

等等。其中可能包含双方对合同文本内容的修订或

其他问题的补充、

说明,

也可能包含对合同的担保、

特殊信用要求等。因此,

在确定某一条款或

词语的意思的过程中,

应该把这些材料都放在一起进行解释,以便通过其他合同成分或证据材

料的帮助,

明确争议内容所具有的意义。最后,订立合同,要求当事人把所有的合同内容都毫

无遗漏地落实到书面上是非常困难的。当合同的某方面内容没有规定或规定不明确时,整体

地把握合同内容,

或者进而联系该种合同的法律制度,按照有关合同条款或法律规定的内容、

精神来理解合同,

都有一定的意义和价值。

〔

2

1

〕

三、

历史解释原则

合同为当事人交易的过程,

因而解释合同不能掐头去尾,

而应斟酌签订合同时的事实和资

料,

例如磋商过程、

来往文件和合同草案等,

对合同加以解释。

〔

2

2

〕

在英美法系,

当需要解释合同时,法院须广泛地考虑交易所处的情事(s

u

r

r

o

u

n

d

i

n

gc

i

r

c

u

m-

s

t

a

n

c

e

s

)。须注意,

只有围绕着并影响着当事人或人们的情事,才是交易所处的情事。

〔

2

3

〕它包

括所有的书面文件、

口头阐述和双方当事人证实其同意的其他行为,还包括他们之间的任何先

前的洽商,

结合任何适用的系列交易、

履行过程或连续的习惯与交易惯例。

〔

2

4

〕特别是,先前的

交易经常帮助确定合同当事人双方是否已经发展了一个对其关系的非常好的共同理解,包括

他们作出明智判断的阅历、

知识和经验的进程。

〔

2

5

〕

《美国统一商法典》规定,

连续交易(ac

o

u

r

s

eo

fd

e

a

l

i

n

g

)是解释合同的基础,

能够赋予合同

条款特定含义并补充或限定合同条款。“当事人之间的连续交易……赋予合同条款特定含义, 并起着补充或限制合同条款的作用”。

中国法应确认历史解释原则,

借鉴其合理成分。

〔

2

0

〕 金勇军:

“一般交易条款的解释”,

载《法学》1

9

9

7年第 5期。

〔

2

1

〕苏惠祥主编:

《中国当代合同法论》,

吉林大学出版社 1

9

9

2年版,

第 2

5

8~2

5

9页。

〔

2

2

〕王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

7

9页。

〔
2
3
〕 Ar
t
h
u
rLi
n
t
o
nCo
r
b
i
n,Co
r
b
i
no
nCo
n
t
r

a

c

t

(o

n

ev

o

l

u

mee

d

i

t

i

o

n),We

s

tPu

b

l

i

s

h

i

n

gCo

.

,5

0

0(1

9

5

2).

〔

2

4

〕 S

e

ee

.

g.

,

Li

s

c

h

e

m Co

r

p.v.At

o

mi

cEn

e

r

g

yOr

g

.OfI

r

a

n

,7I

r

a

nU.

S.CI

.Tr

i

b.Re

p.1

8,2

3(1

9

8

4-I

I

).

〔

2

5

〕 K.

M.Sh

a

r

ma

,Fr

o

m“S

a

n

c

t

i

t

y

”t

o“Fa

i

r

n

e

s

s

”:AnUn

e

a

s

yTr

a

n

s

i

t

i

o

ni

nt

h

eLa

wo

fCo

n

t

r

a

c

t

s

?1

8N.

Y.

L.Sc

h

.J

.I

n

t

l&Co

mp.L.

,

9

5(1

9

9

9).

第十四章　合同的解释

7

8

2

四、

符合合同目的原则

当事人订立合同均为达到一定的目的,

合同的各项条款及其用语均是达到该目的的手段。

因此,

合同用语的含义乃至整个合同内容自然要服务于合同目的。如果说“立法旨趣之探求, 是阐释法律疑义之钥匙”,

〔

2

6

〕

那么合同目的之探寻,

亦有如此重要性。《合同法》第 1

2

5条明确

规定了符合合同目的原则。

合同目的,

首先是合同的典型交易目的,

即给予所欲实现的法律效果。这种典型交易目的

在每一类合同中是相同的,

不因当事人订立某一具体合同的动机的不同而改变。例如,

在买卖

合同中,

买受人的典型交易目的是取得标的物的所有权,出卖人的典型交易目的是获得价款。

在赠与合同中,

典型交易目的是移转赠与物的所有权。因该典型交易目的决定了给予的法律

性质及对其所适用的法规,

〔27〕

所以,

依据符合合同目的原则解释,首先确定被解释合同的典型

交易目的,

就可以确定合同的性质、

种类,

进而确定出适用于被解释合同的法律规范。

不过,

依据典型交易目的解释合同,

尽管在某些个案中可能“一揽子”地解决问题,但因其

在许多情况下还只是确定了解释的大方向,

对于不少合同用语和条款的含义尚无力界定,只有

根据特定的当事人订立特定合同的主观目的,才能完成明确合同用语、条款的含义的任务,所

以,

依据合同目的解释原则,还需要结合当事人的主观目的解释合同。所谓当事人的主观目

的,

就是当事人订立合同的动机。

〔28〕动机乃为法律行为之缘由,此一缘由实则指给付目的,与

债务目的在于清偿实现债权不同。

〔29〕也应注意到,目的无不存在于意欲之内,动机虽大多存在

于意欲之外,

但偶亦可存在于意欲之内。在此情形,动机与目的可能为同一之意欲,既为发动

意思之力量,

又为将来希望之事由。于是,

目的与动机可能并无分别。但此时影响行为之效力

者仍为目的而非动机。

〔3

0

〕

解释合同所依据的合同目的,

时常是当事人一方的合同目的,而非各方的共同目的,因为

很难形成各方共同的合同目的。

符合合同目的原则的功能是,

其解释结果可以用来印证文义解释、体系解释、习惯解释的

结果是否正确。合同目的应被认为是当事人真意的核心,是决定合同条款内容的指针。

〔

3

1

〕 如

果文义解释、

体系解释、

习惯解释的结果与依合同目的解释的结果不一致时,应取后者,亦即, 认为当事人缔约时不愿依文字的通常含义或习惯确定合同用语的含义。不过,如果合同目的

模糊,

通常会寻求文义解释等方法;

合同目的违法,

更不得依合同目的解释;

适用情事变更原则

的,

也不依合同目的解释合同条款。还有,由于一方所追求的目的,并非也是另一方所追求的

目的,

所以,

目的并不能直接决定法律行为的内容。

〔

3

2

〕

〔

2

6

〕 [德]Oe

r

t

ma

n

n

,

I

n

t

e

r

e

s

s

eu

n

dBe

g

r

i

f

fi

nd

e

rRe

c

h

t

s

wi

s

s

e

n

s

c

h

a

f

t

,

1

9

3

1,

S.

1

2.转引自王泽鉴:《民法思维》,北京大学出

版社 2

0

0

9年版,

第 1

9

0页

〔

2

7

〕 王泽鉴:

《民法学说与判例研究》(第 1册),

三民书局 1

9

8

0年版,

第 2

7

9页。

〔

2

8

〕 王泽鉴:

《民法学说与判例研究》(第 1册),

三民书局 1

9

8

0年版,

第 2

7

9页。

〔

2

9

〕 林诚二:

《民法理论与问题研究》,

中国政法大学出版社 2

0

0

0年版,

第 1

9

8页。

〔

3

0

〕 王伯琦:

“法律行为之标的及目的”,

载《王伯琦法学论著集》,

三民书局 1

9

9

9年版,

第 2

7

4页以下。

〔

3

1

〕 杨仁寿:

《法学方法论》,

三民书局 1

9

8

9年版,

第 2

2

1页。

〔

3

2

〕[德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国民法总论》,

杜景林、

卢谌译,

法律出版社 2

0

0

4年版,

第 2

3

3页。

五、

参照习惯与惯例原则

参照习惯(c

u

s

t

o

m)和惯例(u

s

a

g

e

)原则,是指在合同文字或条款的含义发生歧义时,按照

习惯和惯例的含义予以明确;

在合同存在漏洞,致使当事人的权利义务不明确时,参照习惯和

惯例加以补充。

习惯与惯例是在人们在长期反复实践的基础上形成的,

在某一地域、

某一行业或某一类经

济流转关系中普遍采用的能够被广大的合同当事人所认知、接受和遵从的做法、方法或规则。

一些与现行法律、

法规等规范性文件不相抵触、经国家认可的某些习惯,还常常成为民事法律

的渊源。因此,

在合同解释中,

参照一定的习惯与惯例,

不仅符合合同当事人的利益和愿望,而

且符合社会正义和法律的要求。因此,《合同法》第 1

2

5条第 1款规定,按照交易习惯解释合

同。

运用参照习惯与惯例原则,

应当注意以下问题:(1)它们应当是客观存在的符合其构成的

行为规范。(2)习惯与惯例必须适法。(3)习惯与惯例应当是当事人双方已经知道或应当知道

而又没有明示排斥者。(4)只有在合同载有 “疑义条款”时,才可以运用习惯作为解释工具

(《路易斯安那民法典》第 2

0

5

3条)。(5)习惯依其范围可分为一般习惯(通行于全国或全行业

的习惯)、

特殊习惯(地域习惯或特殊群体习惯)和当事人之间的习惯。在合同解释中,其效力

依序增强:

在合同文义无明示反对该习惯解释的前提下,当事人之间的习惯优于特殊习惯,特

殊习惯优于一般习惯。但如果当事人一方仅有一般习惯而另一方有特殊习惯,或者当事人来

自不同地域或群体而有不同特殊习惯时,

则应视具体情况而定:

A.

当事人一方将特殊习惯在缔

约时或其后告知对方,

对方未表示反对的则依双方明知的习惯解释。B.一方虽未积极地将其

意指的特殊习惯通知对方,

但对方对此理应知晓的,

仍应依该特殊习惯予以解释。C.

如果当事

人双方互不了解各自意指的特殊习惯,

或一方不知或不应知对方的特殊习惯,则依一般习惯而

不是依特殊习惯解释合同,

地域习惯与群体习惯冲突时,

适用上述规则加以确定。

〔

3

3

〕

参照习惯和惯例,

同时要考虑(依据)交易的类型、

性质。

除上述解释原则之外,

合法原则、诚实信用原则也当然是合同解释的原则,它们在民法的

基本原则中已阐述,

本书不再赘述。

第三节　合同解释的规则

一、

合同解释规则概述

合同解释的规则,

也属于合同解释的方法。现行法尚未就合同解释的全部规则明确表态,审判和仲裁的实务所积累的经验有限,理论研究也开始不久,所以,本节主要介绍和评论普通

法系的若干规则。

〔

3

3

〕胡基:

“合同解释的理论与规则研究”,

载梁慧星主编:

《民商法论丛》(第 8卷),

法律出版社 1

9

9

7年版,

第 4

4页。

二、

合同解释的若干规则

(一)“明示其一就排斥其他”

如果当事人在合同中列明了特定的款项,未采用更为一般性的或包罗万象的术语,那么, 其意图就是排除了未列明的项目,

尽管未列明的项目与列明的项目类似。这就是所谓“明示其

一就排斥其他”规则(e

x

p

r

e

s

s

i

ou

n

i

u

se

s

te

x

c

l

u

s

i

oa

l

t

e

r

i

u

s

)。

〔

3

4

〕

(二)“同样种类”

如果当事人列明了特定的项目,

随后又使用了更为一般性、

包容性的术语,

那么,

其意图就

包含了与特定项目类似的项目。据此即可概括出“同样种类”规则(e j

u

s

d

e

m g

e

n

e

r

i

s

)。

〔

3

5

〕该规

则在路易斯安那民法上称作“较大者包含较小者”(t

h

eg

r

e

a

t

e

ri

n

c

l

u

d

e

st

h

el

e

s

s

e

r

),

即一项一般

原则所含事项(s

p

e

c

i

f

i

c

a

t

i

o

n

),

在范围上若是广泛的,

将被认为包含适用范围较小的原则。

〔

3

6

〕

(三)推定每一条款具有意思与目的

如果可能,

法院将采用赋予每一条款含义与目的的方式来解释合同条款,

以便使得条款不

会成为无意思或无实际意义。

〔

3

7

〕 如果一份合同或合同条款可能具有两种合理的推定解释,其

中之一会使它有实际意义,

而另一种解释则使它无实际意义的,那么,使合同或条款具有实际

意义的推定解释必须予以优先采纳。

〔

3

8

〕

(四)推定不违法

如果一份合同或一个条款可能有两种合理的解释,

其中一种解释与制定法、

行政法规或普

通法相一致,

另一种解释则相反,法院将采用使之合法的方式解释该合同或合同条款。

〔

3

9

〕 不

过,

在中国,

不宜如此绝对,

如果合同条款违反《合同法》第 5

2条第 1项、

第 3项、

第 5项的规定,

就应当是绝对无效的。

(五)推定明示条款优先于默示条款或随后行为

如上所述,

在解释一份书面合同时,

履行过程、

连续交易与交易惯例都属于法院考虑的“周

围情事”。不过,

这些考虑产生了与书面明示条款相反的解释结果。

〔

4

0

〕 应予注意的是,仅仅在

需要通过把合同作为一个整体来证明当事人双方的意思有效时,默示条款才被承认。该默示

条款必须达到“它在当事人双方的意图(c

o

n

t

e

mp

l

a

t

i

o

n)中是如此清楚,以至于无须明示地表

〔

3

4

] F

a

r

n

s

wo

r

t

h

,Fa

r

n

s

wo

r

t

ho

nCo

n

t

r

a

c

t

s, Little Brown and Company, 261-269(1990).

〔35〕 Farnsworth,Farnsworth Contra

c
t
s
,
Li
t
t
l
eBr
o
wna
n
dCo
mp
a
n
y
,
2
6
1-2
6
9(1
9

9

0).

〔

3

6

〕Ge

n

i

n

aMa

r

i

n

eSe

r

v

i

c

e

s

,I

n

c

.v.Mo

b

i

lEx

p

l

o

r

a

t

i

o

n&Pr

o

d

.So

u

t

h

e

a

s

t

,I

n

c

.

,5

0

6So.2d9

2

2,

9

2

9(La

.Ap

p.1s

tCi

r

.

1

9

8

7).

[

3

7

] S

e

eLe

n

a

p

eRe

s

o

u

r

c

e

sCo

r

p.v.Te

n

n

e

s

s

e

eGa

sPi

p

e

l
i
n
eCo
.
,
9
2
5S.
W.5
6
5,
5
7
4(Te
x
.
1
9
9
6).
(
3
8

〕S

e

eHa

r

r

i

sv.Ro

me

,

5

9

3S.

W.2d3

0

3,

3

0

6(Te

x.

1

9

7

9).

〔

3

9

] S

e

eSma

r

tv.To

we

rLa

n

d&I

n

v.Co.

,

5

9

7S.

W.2d3

0

3,

3

0

6(Te

x

.
1
9
7
9).
〔
4
0
〕S
e
eRe
s
t
a
t
e
me
n
t(Se
c
o
n
d)o
fCo

n

t

r

a

c

t

s < s

e

c

t > 2

0

3(b)[明示条款较之履行过程、系列交易与交易习惯更具有分量

(优先效力)……]第 2

0

3条的评论解释说:

正因为(j

u

s

ta

s

)协议的当事人双方经常背离(d

e

p

a

r

tf

r

o

m)关于词或其他

行为的含义,

所以他们可以背离一项交易习惯。相似地,他们可以改变由其已经存在的系列交易建立起来的模型

(模式)。他们在这样情况下的意思通常作为一项事实加以确定; 没有惩罚性违约金通过合同法与不遵循他人的惯

例或当事人自己之间已经存在的惯例联系在一起(合同法不把违反他人的惯例或当事人自己之间已经存在的惯例

作为惩罚性违约金的条件)。

0

9



达”的程度。

〔

4

1

〕

(六)有利于公共利益

如果合同用语可合理地得出两种解释,

且只有一种解释有利于公共利益的,

那么该解释将

被予以优先考虑。该规则常用于支持对限制性合同所作的严格解释。它

与违反公益的合同及

其条款无效的规则有关联。

(七)有异议时作不利于草拟人的解释

一个极具共性的例子揭示出这样一条规则:如果一方提供的用语可合理地得出两种解释

时,

应选择不利于用语提供人的解释。在格式条款中,

对条款作不利于条款草拟人的解释尤为

适当(《合同法》第 4

1条中段)。

在这里,

最重要的前提是,提供合同文本的当事人最能够清楚无误地表达交易(合同)条

款。一旦条款不确定或不清楚,

而这又是本应能够避免的话,那么,草拟条款的当事人将承受

该后果。换言之,

草拟者当心(c

a

v

e

a

ts

c

r

i

v

e

n

e

r

)!

在合同是当事人双方谈判的结果场合,

因为不存在单一的草拟者,

故不存在着将合同作不

利于某个草拟人的解释的决定性规则。

(八)推定特别条款优先于一般条款

合同中的特别用语优先于一般条款。

〔

4

2

〕 然而,如果当事人双方清楚地显示出相反的意思,

那么这种优先性(p

r

e

f

e

r

e

n

c

e

)将丧失。

〔

4

3

〕

(九)推定协议中先陈述的条款优先于后陈述的条款

在协调书面协议的条款时,

“一份协议中先陈述的条款必须优先于随后陈述的条款”。

〔

4

4

〕

但是,

在随后陈述的条款或保留条款否认任何先前陈述的条款的效力的情况下,得克萨斯州法

院对随后陈述的条款或保留条款予以尊重。

(十)推定书面文句优先于数字或符号

在清楚的书面文句与数字或符号之间存在不同时,

书面文句优先。

〔

4

5

〕

(十一)推定手写的优先于打字的,

打字的优先于印刷的

除非当事人双方清楚地显示出相反的意思,手写的合同条款在同打字的或印刷的合同条

款相比较时被优先认定,

打字的合同条款在同印刷的合同条款相比较时被优先认定。

〔

4

6

〕

(十二)作有利于债务人的解释

如果适用其他规则也不能解决疑义,

那么,

合同必须作不利于特定债的关系中的债权人而

〔

4

1

〕Da

n

c

i

g

e

r

,

1

5

4S.

W.2da

t6

3

5;Ca

l

v

i

n,

5

6

3S.

W.

2da

t

9

5

7.在这样的案例中,

《合同法重述》(第 2版)建议主审法院

提供“依照周围情况是合理的条款”。Re

s

t

a

t

e

me

n

t(Se

c

o

n

d)o

fCo

n

t

r

a

c

t

s < s

e

c

t > 2

0

4.

(

4

2

] S

e

eGu

a

d

a

l

u

p

eBl

a

n

c

oRi

v

e

rAu

t

h.v.Ci

t

yo

fSa

nAn

t

o

n

i

o

,

1

4

5Te

x

.6

1

1,

2

0

0S.

W.2d9

8

9,

1

0

0

1(1

9

4

7).

〔

4

3

〕 S

e

eRe

s

t

a

t

e

me

n

t(Se

c

o

n

d)o

fCo

n

t

r

a

c

t

s < s

e

c

t > 2

0

3c

mt

.

e

.

〔

4

4

〕 Co

k

e

rv.Co

k

e

r

,
6
5
0S.
W.
2d3
9
1,
3
9
3(Te
x.
1
9
8
3);
s
e
ea
l
s
oSo
u
t

h

l

a

n

dRo

y

a

l

t

yCo

.v

.Pa

nAm.Pe

t

r

o

l

e

m Co

r

p.

,

3

7

8

S.

W.2d5

0,

5

7(Te

x.1

9

6

4);

Hu

g

h

e

sv

.Ay

c

o

c

k,5

9

8S.W.2d3

7

0,

3

7

6(Te

x

.Ci

v

.Ap

p

.-Ho

u

s

t

o

n[1

4t

hDi

s

t

.

]

1

9

8

0,wr

i

tr

e

f

'

dn.

r.

e

.

).Bu

ts

e

eMi

dPl

a

i

n

sRe

e

v

e

s

,I

n

cv

.Fa

r

ml

a

n

dI

n

d

u

s

.

,

7

6

8S.

W.2d3

1

8,

3

2

1(Te

x.Ap

p

.-E1

Pa

s

o1

9

8

9,

wr

i

td

e

i

e

d).(认为如果两个冲突的条款中的第一个是书面的一般条款的形式, 第二个条款是特别条款,

那么,

第二个条款优先于第一个条款。

)

〔

4

5

〕 Gu

t

h

r

i

ev.Na

t

i

o

n

a

lHo

me

sCo

r

p.

,

3

9

4S.

W.2d4

9

4,

4

9

6(Te

x.1

9

6

5).

〔

4

6

〕 S

e

eSo

u

t

h

l

a

n

dRo

y

a

l

t

yCo.v

.Pa

nAm.Pe

t

r

o

l

e

m Co

r

p.

,

3

7

8S.

W.2d5

0,

5

7(Te

x.

1

9

6

4);

Mc

ma

h

o

nv

.Ch

r

r

i

s

t

ma

n

n,

1

5

7Te

x.4

0

3,

3

0

3S.

W.2d3

4

1,

3

4

4(1

9

5

7).

第十四章　合同的解释

1

9

2

有利于债务人的解释。

第四节　合同漏洞的补充

一、

合同漏洞的概念与存在原因

所谓合同漏洞(g

a

p

s

),

是指合同关于某事项应有约定而未约定的不圆满的情形。易言之, 合同的客观规范内容不能包括某种应处理的事项。合同漏洞发生的原因主要有三: (1)当事人

对于非必要之点,

未经表示,

如买卖钢琴而未约定运费由谁负担。在现代社会,由于复杂世界

中难以计划和准确预知事件的发生,当事人通常不能草拟出规定有一切未来事项的合同。无

论当事人多么周到地设计合同,

合同漏洞都在所难免。

〔

4

7

〕(2)当事人对非必要之点虽经表示,

然未获协议,

同意保留于合同成立后再行商议。(3)合同的部分条款因违反强制性规定或公序

良俗而无效。

〔

4

8

〕

二、

补充合同漏洞的规则

(一)《合同法》确立的补充合同漏洞的规则

有漏洞即应填补。补充的规则按《合同法》的规定,

首先由当事人双方协议补充;

协议不成

的,

按照合同有关条款或交易习惯补充(第 6

1条);仍不能确定条款内容时,依照法律的规定。

此处所谓法律的规定,

首先是《合同法》分则中有关填补漏洞的规则,

其次是《合同法》分则中有

关填补漏洞的具体规定,

最后是《合同法》总则第 6

2条的规定。所谓《合同法》分则中有关填补

漏洞的规则,

例如,

《合同法》第 1

3

9条确立了填补交付期限条款漏洞的规则:适用《合同法》第

6

1条、

第 6

2条第 4项的规定,

填补欠缺交付期限的条款。再如,

《合同法》第 1

5

4条确立了填补

标的物质量标准条款漏洞的规则:

依照《合同法》第 6

1条的规定确定标的物质量标准仍不能奏

效时,

适用第 6

2条第 1项的规定予以解决。所谓《合同法》分则中有关填补漏洞的具体规定,

《合同法》第 1

4

1条第 2款、

第 1

5

6条、

第 1

6

0条、

第 1

6

1条均为其表现。

(二)任意性规范、

补充的合同解释和阐释性合同解释之辨析

在这里,

涉及究竟是依任意性规范还是根据补充的合同解释填补合同漏洞的问题。为明

了补充的合同解释的含义和功能,首先应辨析它与阐释性合同解释的异同。所谓阐释性合同

解释,

又叫单纯的合同解释,简称为合同解释(i

n

t

e

r

p

r

e

t

a

t

i

o

n),是指在合同的用语、条款的含义

有疑义时,

应通过解释探求其规范意义来确定。详细些说,在澄清模棱两可的用语,或者以扩

张或限制方式解释时,

不得有悖于当事人曾经表示的意思;合同用语、条款不得被用于贯彻单

方利益,

而应适当斟酌双方当事人的利益。

〔

4

9

〕 所谓补充的合同解释,是对合同的客观规范内容

加以解释,

以填补合同的漏洞。其所解释的是当事人所创设的合同规范整体; 其所补充的是个

〔

4

7

〕 Hi

l

l

ma

n

,AnAn

a

l

y

s

i

so

ft

h

eCe

s

s

a

t

i

o

no

fCo

n

t

r

a
c
t
u
a
lRe
l
a
t
i
o
n
s
,
6
8Co
r
n
e
l
lL.Re
v.
,
6

2

7-6

2

8(1

9

8

3).

〔

4

8

〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

8

1页。

〔

4

9

〕 Mu

e

n

c

h

e

n

e

r

/

Ma

y

e

r-Ma

l

y,

Rz

.

6z

u §1

5

7.

转引自黄立:

《民法债编总论》,

中国政法大学出版社 2

0

02年版,第79页。



别的合同条款。所以,补充的合同解释仍具合同解释的性质。〔50〕补充的合同解释所探求的不是当事人的真意,即事实上的意思(actualinten

t

i

o

n

),

而是所谓

“推定的当事人意思”(t

h

ep

r

e

s

u

me

di

n

t

e

n

t

i

o

n

so

ft

h

ep

a

r

t

i

e

s

),

即双方当事人在通常交易上所合

理意欲或接受的合同条款。推定的当事人意思,

属于一种规范的判断标准,

以当事人在合同上

所作的价值判断及利益衡量为出发点,依诚实信用原则并斟酌交易惯例加以认定,以实现公

平、

效率为依归。应予强调的是,

补充的合同解释旨在补充合同之不备,而非在为当事人创造

合同,

因此其自不能变更合同内容,

致侵害意思自治原则。

〔

5

1

〕

(三)补充的合同解释与任意性规范之间的关系

补充的合同解释与任意性规范之间的关系有三:(1)无任意性规范时,应依补充的合同解

释方法,

填补合同漏洞。(2)由于任意性规范系立法者斟酌某类型合同的典型利益状态而设, 一般多符合当事人的利益。当事人对于合同未详订的内容,

多期待法律设有合理规定;

由于法

律设任意性规范的目的,

实际上也着眼于漏洞的补充,

所以,

只要合同符合任意性规范的类型,

任意性规范原则上应优先加以适用,合同漏洞因此得以补充。这就排除了补充的合同解释的

机会。(3)在下述情况下,

补充的合同解释应优先于任意性规范加以适用:

其一,

当事人所订合

同虽具备典型合同(有名合同)的要素,

但具有特殊性,

适用任意性规范未尽符合当事人利益的

场合。例如,

出卖人对物之瑕疵不负修缮义务,其主要理由系出卖人多非商品制造人,不具修

缮能力或设备,

这样规定一般来说实属合理;若在家具店购买高级沙发,出卖人特别表示系自

制自销时,

则应依补充的合同解释,

肯定买受人有瑕疵修补请求权。其二,

在无名合同,

如旅游

合同,

适用或类推适用任意性规范违反合同目的时,应针对该合同的特殊利益状态,依补充的

解释,

补充合同的欠缺。

〔

5

2

〕 其三,合同显示当事人不愿意接受任意性规范的适用。其四,法定

规范由于当事人的错误想法,

致其效果与当事人所寻求的效果大相径庭。其五,

任意性规范不

符合改变的经济关系,

以至于合同实务上均不予以采纳。

〔

5

3

〕

第五节　格式条款的解释

格式条款在形成及内容的平等协商性等方面,

较普通合同有特殊性,

因而在解释上亦有自

己的特点,

故单独提出予以讨论。

一、

以客观合理性标准解释的原则

在法解释学上,

曾经认为法律解释方法与合同解释方法相互对立。前者系客观的, 其目的

在于探求法律本身所具有的合乎逻辑的、

普遍的、

客观的意义;

后者则系主观的,

其目的乃在于

〔

5

0

〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

8

2页。

〔

5

1

〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

8

2页。

〔

5

2

〕 王泽鉴:

《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1册),

三民书局 1

9

9

3年版,

第 1

8

1~1

8

4页。

〔

5

3

〕 黄立:

《民法债编总论》,

中国政法大学出版社 2

0

0

2年版,

第 8

1页。



探求当事人的主观的意思。然而时至今日,

通说认为无论法律解释还是合同解释,

在本质上应

无任何差异,

即认为两者皆应客观地、合理地为之。〔54〕然而,对格式条款虽以客观解释为原则,但它有别于法律解释的客观性。

格式条款之所以采取客观解释的原则,乃因其为当事人一方制定,其内容未经过单个、具体协商,具有为交易上的制度或规范的性质。从消极方面说,应不受交易当事人个别主观情事的影响;从积极方面讲,则应使将来不特定多数的交易具有统一的内容。〔55〕这就要求解释格式条款时不应考虑订立合同的单个因素和具体因素,即不采取主观解释。所谓单个因素,是指合同当事人的看法、意图和理解力。所谓具体因素,是指订立合同的个案情事。

〔

5

6

〕

但是,

格式条款的产生、

理论和价值判断等,毕竟有别于法律、法规,致使格式条款的解释

与法律解释在解释的基准上存在着差异。格式条款的客观解释,系以该条款所预定适用的特

定或不特定的消费者或顾客圈的平均而合理的理解能力为基准,这显然与法律解释采取纯粹

客观的方法不同。

〔

5

7

〕 此其一。其二,格式条款的客观解释之所以有别于法律的客观解释,还因

为在格式条款场合,

存在个别商议条款的优先性问题(《合同法》第 4

1条后段)。应联系个别商

议条款来解释格式条款,

而个别商议条款是可以作主观解释的。因此,

格式条款的客观解释是

在符合个别商议条款的条件下的客观解释。

〔

5

8

〕我们称之为客观合理性标准解释原则。

客观合理性标准解释原则有若干具体的表现:

(1)特殊术语或文句的解释。格式条款因含

有特殊术语或文句而具有特别意义场合,如果理解该特别意义,只有高于理性人的标准时,才

能做到;

换言之,

在相对人无法理解该格式条款的特别意义时,那么条款的利用者就不得主张

该特殊术语或文句所具有的特别含义。在这里,

所谓理性人的标准,

是指该格式条款所预定适

用的对象(消费者或顾客圈)的平均而合理的理解能力。如此可以说,对于该特殊术语或文句

的含义,

进而对于含有该特殊术语或文句的格式条款的含义,应当以理性人的标准,即消费者

或顾客圈的平均而合理的理解能力为基准,

予以解释。(2)外国术语的解释。格式条款中含有

外国术语场合,

确定该外国术语的含义,应当以理性人的标准进行解释,而非以该外国术语在

该外国所具有的含义为基准,

亦不问格式条款的利用人使用该条款的本意如何。

〔

5

9

〕(3)同词

异义的解释。格式条款经长期使用后,其中某些用语或文句的意义已经不同于草拟该格式条

款时所赋予其的含义,

解释时应当以交易时的理性人的理解能力为准。

〔

6

0

〕(4)引用法律条文

〔

5

4

〕[日]米谷隆三:

《约款法的理论》,

有斐阁 1

9

7

0年版,

第 5

7

5页。

〔

5

5

] Ra
i
s
e
r
,
Da
sRe
c
h
td
e
rAl
l
g
e
me
i
n
e
nGe
s
c
h

a

e

f

t

s

b

e

d

i

n

g

u

n

g

e

n(1

9

3

5);刘春堂:“一般契约条款之解释”,载郑玉波主编:

《民法债编论文选辑》(上),

五南图书出版有限公司 1

9

8

4年版,

第 2

2

7页。

〔

5

6

〕 Vg

l

.

s

t

a

t

ta

l

l

e

rLa

r

e

n

z

,

Me

t

h

o

d

e

n

l

e

h

r

ed

e

rRe

c

h

t

s

wi

s

s

e

n

s

c

h

a

f

t

,

2Au

f

f

.

1

9

6

9,

S.

2

8

7.

〔

5

7

〕 刘春堂:

“一般契约条款之解释”,

载郑玉波主编:

《民法债编论文选辑》(上),五南图书出版有限公司 1

9

8

4年版,第

2

2

7~2

2

8页。

〔

5

8

〕S

i

e

h

eJ

o

a

c

h

i

m Sc

h

mi

d

t-s

a

l

z

e

r

,Al

l

g

e

me

i

n

eGe

s

c

h

a

e

f

t

s

b

e
d
i
n
g
u
n
g
e
n,
2.A.
,C.H.Be
c
k
,Mu
e
n
c
h
e
n
,
1
9

7

7,*S*

1

1

9.*S*.

1

4

4-

1

4

5,

1

4

7.

〔

5

9

〕 刘春堂:

“一般契约条款之解释”,

载郑玉波主编:

《民法债编论文选辑》(上),五南图书出版有限公司 1

9

8

4年版,第

2

2

8~2

2

9页。

〔

6

0

〕Ra

i

s

e

r

,

a

.

a

.

O.

S.

3

5

4.

转引自刘春堂:

“一般契约条款之解释”,

载郑玉波主编:

《民法债编论文选辑》(上),五南图书

出版有限公司 1

9

8

4年版,

第 2

2

9页。

4

9

2　合同法(第六版)

的解释。格式条款中引用有法律条文场合,

有学说主张,

应遵循法律的解释原理。

〔

6

1

〕这在格式

条款明确表示引用法律的情况下,固无不妥,但在仅仅引用法律中的某些规定或文句时,由于

格式条款并未因此而蜕变为法律规范,仍然是当事人拟定的交易上的私的规范,所以,不应依

法律解释原理,

而应以理性人的理解能力为基准进行解释。

〔

6

2

〕

二、

统一解释原则

统一解释原则,

是指以理性人的理解力为标准统一解释格式条款的原则。依此原则,对于

具有同一属性(包括同一地域、

同一职业团体或同一时间范围等因素)的可能缔约人,

保持解释

的统一性。在解释格式条款时,

不考虑专业语言的特别含义(如医学、化学和工程技术学的语

言的含义)。《合同法》第 4

1条规定,

对格式条款的理解发生争议的,

应当按照通常理解予以解

释。如果专业语言系于普遍的习惯用法中无法查找的,则理性人自然不可能知悉,故不宜考

虑。但是,

如果理性人虽不知悉,

但可以向专业人员咨询的,则应推定其知悉该专业语言。法

律术语即属此类。于此场合,

应按照专业语言的本义解释格式条款。

〔

6

3

〕如果某一合同用语普

遍的习惯用法与法律术语的含义有所差别时,理性人确实可以依照普遍的习惯用法理解该合

同用语,

那么,

在解释格式条款之前,

应先决定法律术语和普遍的习惯用法的优先性问题。

〔

6

4

〕

应当看到,

统一解释也是相对的。如果某格式条款适用于特定地区的交易圈, 其条款或用

语的特殊含义应为该特定地区的交易圈内的当事人所知晓;当该格式条款又流行于另一地区

的交易圈时,

其当事人并不能理解上述条款或用语的特殊含义时,就不应在不同地区统一解释

格式条款。

三、

限制解释原则

限制解释原则,

就是格式条款应从狭解释的原则。在格式条款存在未规定或规定不完备

的事项场合,

不得如法律规定有欠缺或不明了时,采用逻辑的解释方法,类推适用其他条款的

规定以扩张其适用范围或补充其规定的欠缺,而应依法律加以补充或依补充的合同解释方法

加以填补。这是因为,

如果允许在上述情况下类推适用,往往会违反条款目的,产生对用户或

消费者不利的结果。

〔

6

5

〕相反,因任意性法律规范系立法者斟酌某类典型合同的典型利益状态

而设置的,

一般都符合当事人的利益,法官依据公平正义的理念采取补充的合同解释方法,也

不易出现不当。所以,

在格式条款存在未规定或规定不完备的事项场合,

依法律加以补充或依

补充的合同解释方法加以填补,

是适当的。

拓宽视野,

限制解释原则存在的依据更在于,设权法律条款若有疑义,应从狭解释。循此

〔

6

1

) Eh

r

e

n

b

e

r

g,

a

.

a

.

O.

S.

8

5;

J

.

V.

Gi

e

r

k

e

,

Be

d

i

g

u

n

g

e

n(i

nMa

n

e

sVe

r

s

i

c

h

e

r

u

n

g

s

-

Le

x

i

k

o

n,

1

9

3

0).

转引自刘春堂:

“一般契约

条款之解释”,

载郑玉波主编:

《民法债编论文选辑》(上),

五南图书出版有限公司 1

9

8

4年版,

第 2

2

9页。

〔

6

2

〕Ra

i

s

e

r

,

a

.

a

.

O.

S.

2

5

7.

转引自刘春堂:

“一般契约条款之解释”,

载郑玉波主编:

《民法债编论文选辑》(上),五南图书

出版有限公司 1

9

8

4年版,

第 2

2

9页。

〔

6

3

〕 S

i

e

h

eJ

o

a

c

h

i

m Sc

h

mi

d

t-s

a
l
z
e
r
,Al
l
g
e
me
i
n
eGe
s
c
h
a
e
f
t
s
b
e
d

i

n

g

u

n

g

e

n

,

2.A.

,C.H.Be

c

k

,Mu

e

c

h

e

n

,

1

9

7

7,S

1

1

9.S.

1

4

4-

1

4

5,

1

4

7.

〔

6

4

〕 S

c

h

wBGH(2

4,

5,

5

6)E8

2I

I

.

4

4

5,

4

5

4f

.

Vg

l

.

a

u

c

hRG(2

8.

1

1.

1

9)E9

7/

2

0

6f

f

.

〔

6

5

〕 刘春堂:

“一般契约条款之解释”,

载郑玉波主编:

《民法债编论文选辑》(上),五南图书出版有限公司 1

9

8

4年版,第

2

3

3页。

第十四章　合同的解释

5

9

2

思路,

格式条款,

如免责条款、

担保条款等采取格式条款的形式时,

如果有疑义,

应从狭解释。

应当指出的是,

限制解释原则,

并非指应为严格的文义解释。在解释条款时仍应探求它所

具有的合理的含义。

格式条款的限制解释原则,

具体表现在许多方面。例如,本章第三节中所谓“明示其一就

排斥其他”规则、

“同样种类”规则,

〔

6

6

〕

本章第六节中关于“限制解释原则在免责条款上的具体

化”等,

均为其代表。

四、

调和解释原则

调和解释原则,

是指合同的某些条款之间互相对立矛盾时,应将它们都视为有效,且在其

共通范围内,

尽可能使之调和。其具体适用情形之一是,

条款中的用语或文句有一般与特殊的

对立矛盾时,

应认为这些用语或文句皆为有效,

只是特殊用语或文句的效力应优先于一般用语

或文句,

因为特殊用语或文句系为排除一般用语或文句所特别制定的。此外, 条款中如有手书

条款与印刷条款,

以图印插入的特殊条款与印刷的一般条款,附加印刷条款与基本印刷条款并

存时,

亦皆应比照前述原则,

认定上述个前者的效力优先于后者。调和解释原则的具体适用情

形之二是,

“用语有疑义时,

应对使用者为不利益之解释”。罗马法即有“有疑义应为表意者不

利益之解释”原则,

后世各国的判例学说多对此予以承继。《合同法》也规定,对格式条款有两

种以上解释的,

应当作出不利于提供格式条款一方的解释(第 4

1条中段),以保护用户和消费

者的利益。

五、

个别商议条款优先原则

合同解释采体系解释原则,合同条款可以互相解释,从整体中获取条款的含义。但须注

意,

在格式和个别商议条款(经双方当事人单个、

具体协商议定的条款)并存的情况下则不宜适

用。其道理在于:

(1)个别商议条款是经双方当事人洽商议定的,格式条款则是由单方拟制并

提供给相对人使用的,

须经使用协议即纳入个别商议合同后,才可能有约束力。(2)个别商议

合同具有单个性与具体性,

格式条款在纳入个别商议合同前并未单个化与具体化。(3)格式条

款是为了将来缔约而拟制,

其本身并不高于合同的规范。相反,

经双方当事人共同援用纳入合

同,

成为合同的一部分后,才得以单个化与具体化,因此,格式条款不可能同个别商议条款平

等,

前者不可能优先于后者,后者应具有优先性。

〔

6

7

〕《合同法》采纳了这一思想(第 4

1条后

段)。

应予指出的是,

合同的每一个条款都必须被考虑,亦是法解释学上的主要法则。因而,个

别商议条款虽然具有优先效力,

但仍必须考虑合同文本的上下文而为解释,而且在可能范围内

应与格式条款配合解释,

即使该格式条款在表面上与该个别商议条款不合,

亦然。

〔

6

8

〕该原则常

导致下述结论:

格式条款补充个别商议条款,而非与个别商议条款冲突;只是在二者不可调和

时,

格式条款中不能调和的部分应被摒弃。这多发生在“格式条款”歪曲个别商议条款, 从而破

〔

6

6

〕[日]米谷隆三:

《约款法的理论》,

有斐阁 1

9

7

0年版,第 5

7

3页;刘春堂:“一般契约条款之解释”,载郑玉波主编:

《民法债编论文选辑》(上),

五南图书出版有限公司 1

9

8

4年版,

第 2

3

3页。

〔

6

7

〕 S

i

e

h

eJ

o

a

c

h

i

m Sc

h

mi

d

tSa

l

z

e

r

,

Al

l

g

e

me

i

n

eGe

s

c

h

a

e

f

t

s
b
e
d
i
u
n
g
e
n
,
2.
A.
,
C.
H.
Be
c
k
,
mu
e
c
h

e
n
,
1
9
7
7,
S
1
1
9,
S.1
2
0.
〔
6
8
〕刘宗荣:
《定型化契约论文专辑》,
三民书局 1
9
8
8年版,
第 1

3

8~1

3

9页。

6

9



坏合同目的场合。

尚需指出的是,

在格式条款经过行政规制或行业规制,

所反映的利益关系比较公平合理的

情况下,

条款利用人利用其优势地位强行与用户或消费者“个别商议”,

形成不利于用户或消费

者的所谓的个别商议条款的情况下,于此场合,该个别商议条款不得具有优先性,甚至应被依

法确认为无效,或被撤销。由此看来,《合同法》第 4

1条关于非格式条款优先于格式条款的规

定需要进行目的性限缩,

设置在非格式条款严重损害了消费者合法权益时无效或可被撤销的

但书。

第六节 免责条款的解释

因免责条款为合同条款的一种,故合同解释原则基本上适用于免责条款的解释。由于格

式条款被广泛采用,

加上其使用人基于“优越交涉地位”而常常滥用免责条款,

因此格式条款的

解释原则亦被用以解释格式免责条款。诸如“用语有疑义时,应对使用者为不利益之解释”、

“限制解释”等原则,

均适用于免责条款的解释,于此不赘述。应予特别提出讨论的,是下列解

释原则。

一、

免责条款不得违反合同主要目的的解释原则

违反合同主要目的的免责条款,

应自合同中排除,

这种解释已经获得广泛支持。丹宁勋爵

指出:

“假定免责条款可以被解释为免除船公司将货物交给明知无受领权之人,其推论结果,

无

异于免除承运人将货物随便交付给过路之人的责任,将货物焚毁,甚至任意将货物抛弃所生责

任一样。如将免责条款如此解释实非当事人的本意。

”

二、

不得将“免责条款之合意”视为“自甘冒险”的解释原则

免责条款是否免除违约责任或侵权责任不明确时,

只能免除违约责任,

对侵权责任不发生

免除的效力。但虽不发生免除侵权责任的效力,

仍发生“警告”或“通知”的效力,

使行为人得据

此援用“自甘冒险理论”,

由受害人自行负责,

其结果与援用免责条款无异。如果欲控制免责条

款,

就必须控制“因免责条款有警告或通知的效果所发生的自甘冒险理论的适用”。因此, 英国

1

9

7

7年《不公平合同条款法》第 2条和第 3条规定,

对于免除或限制过错责任条款或通知之知

悉或同意本身,

不得视为自甘冒险。

三、

非为企业合理化经营所必需的免责条款应从严规制的解释原则

免责条款从其功能方面可分为两类:

一是“企业合理化经营所必需的免责条款”;二是“非

为企业合理化经营所必需的免责条款”。前者旨在使企业确定风险,预估成本,一方面避免企

业遭受偶发或无法负担的损失,

直接以维护企业的合理经营,间接以保障社会经济安定;另一

方面也兼为保障相对人的利益,使之能以合理负担获得对价的实益。法律应承认此类免责条

款有效。例如,

免除因战争、

地震、

洪水等所生损失的责任条款,

即属此类。

第十四章　合同的解释

7

9

2

“非为企业合理化经营所必需的免责条款”旨在排除或限制企业依法应负之责任,谋取不

平衡利益,

应从严控制。

〔

6

9

〕

据此分析《合同法》第 4

0条后段关于“提供格式条款一方免除其责任、

加重对方责任、

排除

对方主要权利的,

该条款无效”的规定,

可知该规定应当区分两种情况而分别适用,

一是提供格

式条款一方免除其责任、

加重对方责任、排除对方主要权利,若属于企业合理化经营所必需的

风险分配,

则这种免责条款有效;反之,则此类免责条款无效。也就是说,《合同法》第 4

0条后

段的规定在文义上涵盖过宽,

不符合立法目的,应予以目的性限缩,在条文表述上应当设一但

书,

即“在属于提供格式条款一方合理化经营所必需的风险分配时除外”。

四、

限制解释原则在免责条款上的具体化

1.

免责条款未指明是免除违约责任还是侵权责任时,解释为只免除违约责任。因为侵权

责任规范较违约责任规范而言,

更多的是属于强制性规范,适当兼顾“人类活动自由”和“民事

主体的合法权益不容侵犯”两种价值的规范,是事关公共秩序的大问题。因此,应树立尽可能

不允许免除侵权责任的基本思想。在免责条款是免除违约责任还是侵权责任不明确时,从不

利于条款利用人解释的原则出发,不能同时免除这两种责任,若只能免除其中之一,即只免除

违约责任。

2.

在条款利用人可能负过错责任和无过错责任的情况下,如果免责条款未指明所免除的

责任是否包括过错责任的,

从不利于条款制作人解释的原则出发,只解释为免除无过错责任。

之所以如此选择,

是因为如上文所述,过错责任系法律对过错行为予以否定性评价的表现,为

维护法律的严肃性和权威性,

应树立尽可能限制免除过错责任的条款生效的基本思想。而对

免除无过错责任的条款的控制可以相对放宽。

3.

免责条款适用于“隐蔽性瑕疵责任”抑或“不符合特定目的所生责任”不明确时,根据不

利于条款制作人解释的原则,

不能同时免除两种责任,

若只能免除其中之一,

即只免除“隐蔽性

瑕疵责任”。之所以如此选择,

是因为每个合同都有特定的目的,

若免除“不符合特定目的所生

责任”,

意味着使相对人达不到特定目的,完全满足不了需要,因而应尽可能限制免除“不符合

特定目的所生责任”的条款生效。

4.

免责条款适用于“隐蔽性瑕疵责任”抑或“不符合描述的瑕疵责任”不明确时,从不利于

条款制作人的解释的原则出发,

不能同时免除两种责任,

只能免除“隐蔽性瑕疵责任”。之所以

如此解释,

是因为当事人在合同中描述标的物的质量、

规格、

型号等,

表明了他订立合同的特定

目的,

若允许条款制作人免除这种“不符合描述的瑕疵责任”,意味着怂恿他根本违约,从而使

相对人的合同目的落空。因此,

应尽可能限制免除“不符合描述的瑕疵责任”的条款生效。

5.

在买卖合同中,

当事人双方约定:若买受人在一定期间内对货物的质量不提出异议,即

视为货物合格,

出卖人不负责任。在这里,免除的是出卖人“已经交付的货物”的瑕疵责任,还

是“尚未交货”的责任?在用语不明确时,

解释为只免除“已经交付的货物”的瑕疵责任,

不免除

“尚未交货”的责任,

从而体现不利于条款制作人解释的原则。之所以如此解释,

是因为按一般

理解,

买受人在一定期间内未对货物的质量提出异议,是仅对已经交付的货物而言的,尚未交

〔
6
9
〕刘宗荣:
《定型化契约论文专辑》,
三民书局 1
9
8
8年版,
第 1
3
8~1
3
9页。
8
9

付的货物在质量上是否合格,
买受人难以知晓。如果解释为也免除“尚未交货”的责任,
那就等
于鼓励出卖人不再交货或交付不合格的货物。这显然是不能容许的。
6.
在当事人有权约定免除第三人对合同相对人所负责任的情况下,如果免责条款所欲免
除的责任是否包括第三人所负之责不明确时,

根据不利于条款制作人解释的原则,解释为只免

除第三人所负的责任,

不免除条款利用人所负的责任。之所以如此选择,

主要是因为这样可以

防止条款制作人故意违约以逃避债务。但是,如果第三人对合同相对人所负之责系故意责任

或重大过错责任的,

而条款制作人所负之责为无过错责任或一般过错责任,那么就不能免除第

三人所负的责任。

7.

惩罚性违约金条款。在 Gr

a

h

a

m v

.Li

e

b

e

r〔70〕案中,作为合同当事人的房主请求被告承

担的损害赔偿,

包含迟延完成建筑任务的惩罚性违约金。法院拒绝了房主的这一请求,强调

“惩罚性违约金条款必须被严格解释”,

〔

7

1

〕

因为合同的文义不支持不合理的迟延损害赔偿。惩

罚性违约金条款应作不利于寻求该不合理利益的当事人的解释。

〔

7

2

〕

路易斯安那州的法律一直具有判给具有惩罚性质的律师费的特点。

〔

7

3

〕 正因如此,法院必

须严格解释据人们宣称的形成判给惩罚性质的律师费基础的合同(或制定法),只有在该费用

条款是清楚的与无疑义的场合,

法院才判给该笔费用。

〔

7

0

〕 1

9

1So.2d2

0

4(La

.Ap

p.

2dCi

r

.

1

0

0

6),

wr

i

td

e

n

i

e

d,

1

9

2So

.2d3

7

1(La

.1

9

6

6).

〔

7

1

〕 I

b

i

d.a

t2

0

7.

〔

7

2

〕 Al

b

ev.Al

b

e

,

7

0

3So.

2d7

5

6(La

.

Ap

p

.

4t

hCi

r

.

1

9

9

7),

wr

i

td

e

n

i

e

d,

7

0

9So

.

2d7

5

7(1

9

9

8).

〔

7

3

〕 Cr

a

c

c

ov.Ba

r

r

a

s

,

5

2

0So.

2d3

7

1,

3

7

2(La

.

1

9

8

8);Fe

r

r

i

e

rv.J

o

r

d

a

c

h

e

-

Di

t

t

o

'

s

,

6

6

2So.

2d(La

.Ap

p

.

3dCir

.

1

9

9

5),wr

i

t

d

e

i

e

d

,

6

6

6So.

2d

1

1

0

0(La

.

1

9

9

6).

# 第十五章　买 卖 合 同

## 第一节　买卖合同概述

一、

买卖合同的界定与法律性质

(一)买卖合同的界定

买卖合同,

是出卖人转移标的物的所有权于买受人,买受人支付价款的合同(《合同法》第

1

3

0条)。出卖人,

在实务中有的叫做卖方,

有的称为供方。买受人,

在实务中有的叫做买方,

有

的称为需方。

出卖人应当是对标的物享有处分权的人,

主要表现为财产所有权人(《物权法》第 3

9条、

第

6

8条第 1款)、

抵押权人(《物权法》第 1

9

5条)、

质权人(《物权法》第 2

1

9条)、

留置权人(《物权

法》第 2

3

6条)、

行纪人(《合同法》第 4

1

4条前段)、隐名代理场合的代理人(《合同法》第 4

0

2

条、

第 4

0

3条)、

人民法院(《民事诉讼法》第 2

2

3条)。

需要注意的是,

作为适格的出卖人,有时仅有处分权尚不足够,还需要具备其他资质。例

如,

法释[2

0

0

3]7号第 2条规定:

“出卖人未取得商品房预售许可证明,

与买受人订立的商品房

预售合同,

应当认定无效,

但是在起诉前取得商品房预售许可证明的,

可以认定有效”。这一规

定表明,

在商品房买卖中,

买卖合同的出卖人除了应当是标的物的所有权人或有处分权人外, 尚需在订立买卖合同时取得商品房预售许可证明。

买卖合同的标的物,

也叫买卖物,在现行法上限于有体物,包括不动产和动产。至于权利

等无体物的有偿移转,

大多称为权利转让或权利让与,如债权让与、股权转让等。权利转让或

让与,

首先适用相应特别法的特别规定,

无特别规定时,才会适用《合同法》关于买卖合同的规

定乃至总则。

标的物,

联系买卖合同的效力进行考察,

出卖人应对其享有所有或有处分权;

法律、

行政法

规禁止转让的物,

不得成为买卖合同的标的物(《合同法》第 1

3

2条)。例如,

《拍卖法》规定,法

律、

行政法规禁止买卖的物品或财产权利,不得作为拍卖标的(第 7条)。法律、行政法规限制

转让的物,

只能在允许转让的领域内才可成为买卖合同的标的物(《合同法》第 1

3

2条第 2款)。

(二)买卖合同的法律性质

买卖合同具有如下法律性质:

(1)出卖人须转移标的物所有权于买受人。买卖的目的之一

是移转标的物的所有权。所谓移转,

是指出卖人使买受人取得权利的行为,

〔1〕

此处是使买受人

〔1〕 刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 1

1页。

0

取得标的物所有权的行为。该法律性质虽然不能将买卖合同与互易合同、赠与合同、供用电、

供用水、

供用气等合同区别开来,

但可以使之区别于租赁合同、

借用合同,

因为后两者仅仅移转

标的物的使用权,

而不移转标的物的所有权。(2)买受人须向出卖人支付价款。买卖的另一目

的,

是移转作为标的物对价的价款。这一性质把买卖合同与转移标的物所有权的其他合同, 如

赠与合同、

互易合同等区别开来,

因为赠与合同无价款可言,互易合同中作为标的物移转对价

的不是货币,

而是另外的物。(3)买卖合同是双务合同、有偿合同。出卖人负有交付标的物并

转移其所有权给买受人的义务,

买受人也负有向出卖人支付价款的义务,由此显现出买卖合同

是一种典型的双务合同、

有偿合同。(4)买卖合同是诺成合同。除法律另有规定或当事人另有

约定以外,

买卖合同自双方当事人意思表示一致时即告成立,不以一方当事人交付实物或完成

其他给付行为作为合同的成立要件。由此显现出买卖合同具有诺成性。(5)买卖合同一般为

不要式合同。买卖合同采用何种形式,一般可由当事人自己决定,因此其具有不要式性。不

过,

在法律有明确规定〔2〕或合同有明确约定的情况下,买卖合同应当采用法律规定或合同约

定的形式。若有违反,

可能会导致合同无效。

二、

买卖合同的分类

(一)一般买卖与特种买卖

所谓一般买卖,

是指《合同法》第 1

3

0条至第 1

6

6条规定的买卖,

因当事人双方的意思表示

一致而成立,

出卖人负有移转标的物所有权的义务,买受人承担支付价款的义务,别无其他特

殊情形。所谓特种买卖,

是指一般买卖以外,在成立上,或内容上,或效力上,有其他特殊情形

的买卖类型,

如分期付款买卖、

样品买卖、

试验买卖、

拍卖、

买回等,

属于此类。

(二)自由买卖与竞争买卖

所谓自由买卖,

是指由当事人双方磋商,

任意洽定价格而成立的买卖。这为常见的买卖类

型。所谓竞争买卖,

是指多数人参与竞争出价,而由出价最高者为买受人所成立的买卖,或由

评标小组(委员会)确定买受人所成立的买卖。因拍卖、

招投标而成立的买卖属于此类。

(三)特定物买卖与种类物买卖

所谓特定物买卖,

是指以具体指定标的物(特定物)作为买卖物的买卖。在此类买卖中, 标

的物灭失构成不能履行,

当事人可解除合同,

而不继续履行。所谓种类物买卖,

是指仅以种类、

品质和数量指定标的物(不特定物或种类物)作为买卖物的买卖。在此类买卖中,出卖人不得

以不能履行为由主张解除合同,

除非所有的种类物、

不特定物均已灭失。

(四)即时买卖与非即时买卖

所谓即时买卖,

是指当事人双方在买卖合同成立的同时,就履行了全部义务,即移转了标

的物的所有权、

价款的占有,

现实买卖属于此类。在这种买卖中,

从买受人的立场出发,

可叫现

金买卖;

从出卖人的立场观察,

可称为现物买卖。

〔3〕 所谓非即时买卖,是指当事人双方或一方,

在买卖合同成立的同时,

没有即时履行其全部义务,而于日后履行的买卖。期货交易、预约买

〔2〕 如《海商法》第 9条第 2款规定,

船舶所有权的转让,

应当签订书面合同;

《城市房地产管理法》第 4

1规定,房地产转

让,

应当签订书面转让合同。

〔3〕 刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

4页。

第十五章　买卖合同

1

0

3

卖、

赊欠买卖、

分期付款买卖等属于此类。

(五)一时的买卖与继续性买卖

所谓一时的买卖,

是指当事人双方的债务一次完结的买卖。A车的买卖、B屋的买卖,即

属于此类。所谓继续性买卖,是指当事人双方的债务并非一次完结而须继续地履行的买卖。

继续性供给买卖为其表现。

(六)《合同法》上的买卖与其他法上的买卖

所谓《合同法》上的买卖,

是指《合同法》规定的买卖(第 1

3

0~1

7

5条)。所谓其他法上的

买卖,

是指除《合同法》以外的法律规定的买卖。此类买卖应首先适用某特别法的相应规定, 欠

缺特别法规定的部分,

适用《合同法》关于买卖的规定,

乃至总则的规范。

三、

买卖合同的作用和意义

买卖合同是商品交换发展到一定阶段的产物,是商品交换的最基本、最重要的法律形式。

买卖是商品经济的产物,

又是促进商品经济发展的手段。在社会主义市场经济条件下,

任何民

事主体都可以通过买卖来取得满足自己生活或生产所需要的物品。买卖合同对促进商品流

通,

发展市场经济,

提高经济效益,

满足民事主体的生活和生产需要,

起着重要的作用。随着社

会主义市场经济体制的建立和完善,

买卖合同的适用范围会不断扩大,

其作用将日益突出。

买卖合同是商品交换的基本法律形式,在所有的双务、有偿合同中,它是最基本的合同类

型。合同法总则部分的规则大多围绕着买卖合同展开,合同法的理论也大多由买卖合同发展

而来。在实践中,

买卖交易的不断发展,

才产生了一些为买卖服务的其他行业和以买卖为基础

的行业,

同时也产生了规范这些行业中商品流转关系的各类合同规则。买卖合同的规则、原

则,

适用于其他的有偿合同。“法律对其他有偿合同有规定的,依照其规定;没有规定的,参照

买卖合同的有关规定(《合同法》第 1

7

4条)。

”

第二节　买卖合同的效力

一、

出卖人的义务

(一)交付标的物

1.

交付的含义及其形态

所谓交付,

是指将标的物或提取标的物的单证的占有转移。如果标的物属于无须以有形

载体交付的电子信息产品,

则当事人对其交付有约定的,依其约定;当事人对交付方式约定不

明确的,

可以协议补充(《合同法》第 6

1条);

当事人就协议补充达不成合意的,

按照合同有关条

文或交易习惯(《合同法》第 6

1条);

上述办法均不奏效的,买受人收到约定的电子信息产品或

权利凭证即为交付(法释[2

0

1

2]8号第 5条)。

所谓买受人收到电子信息产品的权利凭证即为交付,如告知访问或使用电子信息产品的

密码,

即为交付。如此认定的原因在于,于此场合买受人可以自由决定取得、使用该电子产品



的时间,

不宜以买受人收到电子信息产品为标准来确定交付是否完成。所谓买受人收到约定

的电子信息产品即为交付,

应用于这样的场合:

利用在线网络传播的方式接收或下载该信息产

品的方式,

电子产品的传输过程包括出卖人发出信息产品和买受人接收信息产品两个阶段。

由于技术、

网络、

计算机系统的原因,出卖人发出电子信息产品并不必然引起买受人收到信息

产品的后果,

有鉴于此,

为了平衡买卖双方的利益,以买受人收到约定的电子信息产品为完成

交付的时间标准。

〔4〕

交付标的物,

大多为现实交付,

也可以表现为拟制交付,

或者简易交付、

占有改定和指示交

付。需要注意的是,

出卖人仅以增值税专用发票及税款抵扣资料证明其已履行交付标的物义

务的,

买受人不认可的,

出卖人应当提供其他证据证明交付标的物的事实(法释[2

0

1

2]8号第 8

条第 1款)。之所以如此规定,

是因为在实务运作中,出卖人尚未交货,也可以开增值税发票,

税款抵扣可以在货物实际交付前进行,故增值税专用发票及税款抵扣资料未必反映着真实的

交付事实。此其一。不过,

合同约定或当事人之间习惯以普通发票作为付款凭证,

买受人以普

通发票证明已经履行付款义务的,人民法院应予支持,但有相反证据足以推翻的除外 (法释

[2

0

1

2]8号第 8条第 2款)。之所以如此规定,

是因为在实务运作中,一般而言,只有在买受人

实际付款时,

出卖人才肯开出普通发票,

如某甲购买房屋,

其付清房款时,

出卖人才给买受人开

具发票;

买受人尚未付清房款的,出卖人是不肯开出普通发票的。从这个意义上讲,普通发票

可以证明已经付款了。既然如此,

法释[2

0

1

2]8号第 8条第 2款为什么又设但书呢?因为出卖

人疏忽大意或不好意思拒绝朋友的请求,

于收到货款前就开出普通发票的情况,

也发生过。遇

此情况,

假如不允许出卖人举证相反证据,

推翻推定,

就违反了实事求是的原则,

就不公正。此

其二。

2.

交付的主体

将买卖合同约定的标的物交付给买受人是出卖人的主给付义务,出卖人亲自实施应为常

态。不过,

由于主客观的原因,

由第三人代为交付,法律也予以承认。第三人代为交付标的物

的情形大概有:

(1)第三人作为出卖人的受托人进行交付;

(2)第三人作为出卖人的占有辅助人

代为交付;

(3)第三人依出卖人的指令交付;

(4)第三人代为履行。交付可以是将出卖物直接交

给买受人,

也可以是依约定交给买受人的代理人,或指定的第三人。但不论在何种情

形下,在

第三人代为交付时,

第三人仅是履行主体,

并未成为出卖人。因此,

对交付中出现的违约情形,

构成的违约责任,

第三人并不承担,

而仍归出卖人负责。

3.

交付的标的

(1)出卖人交付标的物,

在标的物有从物时,

该从物随之交付,

除非当事人另有约定(《物权

法》第 1

1

5条)。(2)出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物质

量说明的,

交付标的物应当符合该说明的质量要求(《合同法》第 1

5

3条)。当事人对标的物的

质量标准没有约定或约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款

或交易习惯确定;

仍不能确定的,

出卖人应按照国家标准、行业标准履行;没有国家标准、行业

标准的,

出卖人应按照通常标准或符合合同目的的特定标准履行(《合同法》第 1

5

4条、第 6

1

〔4〕 宋晓明:

“最高人民法院民二庭庭长宋晓明就《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》答

记者问”,

载《人民法院报》2

0

1

2年 6月 6日。



条、

第 6

2条)。(3)出卖人应当按照约定的数量交付标的物。出卖人多交标的物的,买受人可

以接受或拒绝接收多交的部分。买受人接收多交部分的,

按照原合同的价格支付价款;

出卖人

少交标的物的,

除不损害买受人利益的以外,买受人有权拒绝接收。买受人拒绝接收标的物

的,

应当及时通知出卖人(《合同法》第 1

6

2条)。买受人怠于通知的,

应当承担因此产生的损害

赔偿责任。但出卖人交付的标的物数量在合理的磅差或尾差之内的,应为交付的数量符合约

定的标准。合同中约定分批交付的,出卖人应按照约定的批量分批交付。出卖人未按照约定

的时间和数量交付的,

应就每一次的不适当交付负违约责任。(4)出卖人应当按照约定的包装

方式交付标的物。对包装方式没有约定或约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议

的,

按照合同有关条款或交易习惯确定;

仍不能确定的,

应当按照通用的方式包装,

没有通用方

式的,

应当采取足以保护标的物的包装方式(《合同法》第 1

5

6条、

第 6

1条)。

4.

交付的期间

出卖人应当按照约定的期限交付标的物。约定交付期间的,出卖人可以在该交付期间内

的任何时间交付,

但应当在交付前通知买受人(《合同法》第 1

3

8条)。出卖人提前交付标的物

的,

应取得买受人的同意,

否则买受人有权拒收。当事人未约定标的物的交付期限或约定不明

确的,

可以协议补充;

不能达成补充协议的,按照合同有关条款或交易习惯确定;仍不能确定

的,

债务人可以随时履行,

债权人也可以随时要求履行,但应当给对方必要的准备时间(《合同

法》第 1

3

9条)。

5.

交付的地点

《合同法》第 1

4

1条规定,

出卖人应当按照约定的地点交付标的物。当事人未约定交付地

点或约定不明确的,

可以协议补充;

不能达成补充协议的,

按照合同有关条款或交易习惯确定;

仍不能确定的,

适用下列规定:

(1)标的物需要运输的,

出卖人应当将标的物交付给第一承运人

以运交给买受人;

(2)标的物不需要运输,出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点

的,

出卖人应当在该地点交付标的物;不知道标的物在某一地点的,应当在出卖人订立合同时

的营业地交付标的物。

(二)转移标的物的所有权

取得标的物的所有权是买受人的交易目的,因此,将标的物的所有权转移给买受人,是出

卖人的另一项主要义务。《合同法》第 1

3

3条规定,

标的物的所有权自标的物交付时起转移,

但

法律另有规定或当事人另有约定的除外。《物权法》第 2

3条确认,动产物权的设立和转让,自

交付时发生效力,

除非法律另有规定。可见,标的物所有权的转移方法,因标的物的不同而有

所不同。动产一般以占有为权利的公示方法,

除当事人另有约定的以外,

动产所有权依交付而

转移。不动产以登记为物权变动的公示方法,其所有权自办理完毕所有权的转移登记手续时

才发生转移,

因此出卖人应按照法律规定或合同约定,协助买受人办理所有权的转移登记手

续,

并将有关的产权证明交付给买受人。如果未办理转移登记手续,

不动产所有权未转移给买

受人,

出卖人便未履行主给付义务。

对于船舶、

航空器以及机动车辆等特殊类型的动产,《物权法》明确规定:此类动产的所有

权一般也自交付之时起转移,

但未依法办理登记手续的,所有权的转移不具有对抗善意第三人

的效力(第 2

3条、

第 2

4条)。

〔5〕

为了保护出卖人的利益,

《合同法》第 1

3

4条规定:“当事人可以在买卖合同中约定买受人

未履行支付价款或者其他义务的,标的物的所有权属于出卖人”。这就是所谓所有权保留制

度。对此,

本书在总则第八章“合同的担保”第一节“合同的担保概述”已经讨论过, 此处不再赘

言。

《合同法》规定,

出卖具有知识产权的计算机软件等标的物的,

除法律另有规定或当事人另

有约定的以外,

该标的物的知识产权并不随同标的物的所有权一并转移于买受人(第 1

3

7条)。

这就是所谓知识产权保留条款,

其规范目的在于保护知识产权人的利益。

(三)“一物多卖”场合的履行规则

由于背信及其他原因,

出卖人将同一个标的物出卖与数人的情形并不鲜见。传统民法对

于此种情形的处理,

贯彻债务人任意(自愿)履行和债权平等的原则。鉴于如此处理有时会损

害先缔约者的合法权益,

偏袒了背信的出卖人和恶意的第二买受人或第三买受人,最高人民法

院修正了债权平等原则,

忽视了债务人任意(自愿)履行原则。于其法释[2

0

1

2]8号第 9条规

定:

出卖人就同一普通动产订立多重买卖合同,在买卖合同均有效的情况下,买受人均要求实

际履行合同的,

应当按照以下情形分别处理:(1)先行受领交付的买受人请求确认所有权已经

转移的,

人民法院应予支持;

(2)均未受领交付,

先行支付价款的买受人请求出卖人履行交付标

的物等合同义务的,

人民法院应予支持;(3)均未受领交付,也未支付价款,依法成立在先合同

的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的,人民法院应予支持。第 1

0条规定:出卖

人就同一船舶、

航空器、

机动车等特殊动产订立多重买卖合同,

在买卖合同均有效的情况下,

买

受人均要求实际履行合同的,

应当按照以下情形分别处理:(1)先行受领交付的买受人请求出

卖人履行办理所有权转移登记手续等合同义务的,

人民法院应予支持;

(2)均未受领交付,

先行

办理所有权转移登记手续的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的,人民法院应予

支持;

(3)均未受领交付,

也未办理所有权转移登记手续,

依法成立在先合同的买受人请求出卖

人履行交付标的物和办理所有权转移登记手续等合同义务的,人民法院应予支持;(4)出卖人

将标的物交付给买受人之一,

又为其他买受人办理所有权转移登记,已受领交付的买受人请求

将标的物所有权登记在自己名下的,

人民法院应予支持。

(四)瑕疵担保责任

1.

瑕疵担保责任概述

为了使买受人的利益得以实现,各个国家和地区的法律一般都规定出卖人应全面履行合

同义务,

即在履行交付标的物的义务和使买受人获得标的物所有权的义务的同时,还负有权利

瑕疵担保义务和物的瑕疵担保义务,

即出卖人对其所交付的标的物,应担保其权利完整无缺并

且有依通常交易观念或当事人的意思,

认为应当具有之价值、

效用或品质。如果出卖人违反或

未履行此项担保义务,

则应承担相应的法律后果。这种后果就是瑕疵担保责任。瑕疵担保责

任包括物的瑕疵担保责任和权利瑕疵担保责任。前者为担保给付标的物无瑕疵,即标的物的

价值、

效用或品质无瑕疵;

后者是指债务人担保给付标的物的权利无瑕疵。瑕疵担保责任存在

于除劳动合同以外的一切有偿合同中,因为在有偿合同中,债权人取得物或权利,是其支付对

〔5〕 较为详细的分析,

请参见崔建远:

《物权法》(第 2版),

中国人民大学出版社 2

0

1

1年版,

第 8

8~9

1页。

第十五章　买卖合同

5

0

3

价的结果,

因此不论债务人有无过失,

均应使债权人取得无瑕疵之物或权利,

否则有失公平,

且

不利于交易的安全与稳定。不过瑕疵担保责任在买卖合同中表现得最为典型,因而各国一般

将其规定在买卖合同法中,

而对其他合同准用之。

对于瑕疵担保责任,

可从以下几个方面把握:第一,瑕疵担保责任是出卖人一方应承担的

法律后果。买卖合同是有偿合同,

买受人向出卖人支付相应的价款,

是为了取得无瑕疵的标的

物。出卖人交付的标的物或标的物上的权利若有瑕疵,

却收取高于该瑕疵物的价值的价款,

就

违反了公平交易的原则,

只有令出卖人承担修理、

更换、

重作、

退货、

减少价款或报酬等义务,才

能平衡双方当事人之间的利益关系。即使出卖人对于瑕疵没有过失,也应如此处理。从而显

现出,

瑕疵担保责任是法律基于有偿合同的特殊要求而特别设立的一种责任与其他救济方式

的混合体;

同时,

它是交付标的物的一方即出卖人应承担的法律后果,而不是买受人一方应承

担的法律后果。第二,

瑕疵担保责任是一种无过错责任。瑕疵担保责任的构成不以出卖人主

观上有过错为要件,

只要出卖人交付的标的物或标的物上的权利有瑕疵,出卖人即应依法承担

瑕疵担保责任。第三,

瑕疵担保责任,

就其实质来说,

有些救济方式并不符合民事责任的要件。

退货,

表现为合同解除、

合同更改、代物清偿时,肯定不是民事责任的方式。减少价款,若作为

形成权,

也不是民事责任的方式。较为科学的命名和定位,

将瑕疵担保责任认定为救济方式更

为妥当。

2.

物的瑕疵担保责任

(1)物的瑕疵担保责任概述

所谓物的瑕疵,

是指出卖人所交付的标的物在品质上不符合合同约定或法律规定的标准,致使该标的物的用途和价值降低或消失。对其法律性质,

德国、

日本等国的学说存在着法定责

任说和债务不履行说的分歧。

从《合同法》第 1

5

3条关于“出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有

关标的物质量说明的,

交付的标的物应当符合该说明的质量要求”的规定看,无论是特定物还

是种类物,

出卖人均应按照合同约定的质量标准交付,才算适当地履行了义务,否则,按照《合

同法》第 1

5

5条的规定,

买受人可以依照第 1

1

1条的规定要求出卖人承担责任。这显然否定了

只要交付合同约定的特定物就是适当地履行了债务的规则,

也就是说,

《合同法》未采纳法定责

任说。由于依据《合同法》第 1

1

1条、

第 1

5

3条、

第 1

5

5条、

第 1

5

7条和第 1

5

8条等规定,出卖人

交付的标的物不符合质量标准,

就构成违约责任,

从这点来看,

与债务不履行说的要求相一致。

但是,

债务不履行说未把瑕疵担保责任与债务不履行责任并列,而是将瑕疵担保责任视为债务

不履行责任的一种,

是关于买卖的特则;瑕疵担保责任不以出卖人的过失为要件,而一般债务

不履行责任则实行过失责任原则;

两者发生抵触的场合,

应适用瑕疵担保责任。而《合同法》规

定的瑕疵担保责任未作为违约责任的特则,

二者都实行无过失责任原则。有鉴于此,

本书倾向

于认为这两种责任存在竞合,出卖人究竟承担瑕疵担保责任还是违约责任,由买受人自主选

择。具体地说,

《合同法》第 1

0

7条等条文构成违约责任的规范群,《合同法》第 1

1

1条以及第

1

5

3条、

第 1

5

5条、

第 1

5

7条、

第 1

5

8条组成物的瑕疵担保责任的规范群,买受人若主张违约责

任,

须援用《合同法》第 1

0

7条等规定;

若主张物的瑕疵担保责任,则应援用《合同法》第 1

1

1条



等规定。

〔6〕

(2)物的瑕疵担保责任的构成

其一,

标的物必须存在着瑕疵。所谓物的瑕疵,按照客观说,所交付的标的物不符合该种

物所应具备的通常性质及客观上应有的特征时,

即具有瑕疵。依据主观说,

所交付的标的物不

符合当事人约定的品质,

致灭失或减少其价值或效用时,

即具有瑕疵。

〔7〕 瑕疵概念本来仅指客

观的东西,

现在扩及于主观的东西。学说由客观主义转向主观主义立场。

〔8〕 依据对《合同法》

第 1

1

1条、

第 1

5

3条、

第 1

5

4条、

第 1

5

5条规定的解释,

所谓瑕疵,

既包括出卖人交付的标的物不

符合约定的质量要求(第 1

5

3条),

也包括不符合依照法律规定确定的质量标准(第 1

5

4条),

兼

采主观说和客观说。

其二,

标的物的瑕疵须于买卖标的物风险转于买受人时业已存在,

至于该瑕疵是在买卖合

同成立时就存在,

抑或是在买卖合同成立后才存在,

则在所不问。这是物的瑕疵担保责任与权

利瑕疵担保责任的不同之处。其目的在于给予出卖人以合理机会补救或除去给付之前标的物

业已存在的瑕疵,

同时亦是为了维护相同的利益状态应给予相同的处理的立法准则。

其三,

买受人善意且无重大过失。按此要求,

买受人应在合同成立时不知物有瑕疵或瑕疵

于合同订立后、

危险负担移转前始存在的,出卖人才负瑕疵担保责任;若买受人知道物有瑕疵

仍订立买卖合同的,

出卖人不负瑕疵担保责任。因为买受人明知而买,法律无特加保护的必

要。若买受人对物之瑕疵确实不知,

然而其不知是由于其重大过失所致者,

出卖人也不承担瑕

疵担保责任。因为重大过失几乎等于故意,

对这种对自己之权益漫不经心者,

法律亦无特加保护

的必要。但是,

若出卖人对标的物的品质有特别保证或故意不告知瑕疵者,

即使买受人有重大过

失,

出卖人亦应负瑕疵担保责任。因为于此情形,

出卖人的行为较之买受人的行为更具有可罚性。

其四,

买受人须适时地履行瑕疵通知义务。在《合同法》中,

只有买受人适时地履行了通知义务,

出卖人才负瑕疵担保责任,

除非出卖人知道或应当知道提供的标的物不符合约定的(第 1

5

8条)。

除以上所述积极要件以外,物的瑕疵担保责任的成立还需要满足消极要件。对此,法释

[2

0

1

2]8号第 3

3条规定:

“买受人在缔约时知道或者应当知道标的物质量存在瑕疵,主张出卖

人承担瑕疵担保责任的,

人民法院不予支持,

但买受人在缔约时不知道该瑕疵会导致标的物的

基本效用显著降低的除外”。该条司法解释准用了《合同法》第 1

5

1条关于“买受人订立合同时

知道或者应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的,出卖人不承担本法第一百五十条规定

的义务”的规定,

贯彻了法律不保护恶意之人的原则,

值得赞同。

(3)物的瑕疵担保责任的救济方法

物的瑕疵担保责任的救济方法有:

其一,

修理、

更换、

重作;

其二,

减少价款;

其三,

退货(《合

同法》第 1

1

1条)。其中,

退货,

一般为解除合同,有时转为更换,有时转为重作,个别情况下可

以转换为代物清偿;

为了把退货同修理、更换、重作相区别,不宜将它解释为含有更换、重作的

〔6〕 关于物的瑕疵担保责任是否被统合于违约责任之中的争论, 参见韩世远:

“出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同

法”,

载《中国法学》2

0

0

7年第 3期;

崔建远:

“物的瑕疵担保责任的定性与定位”,载《中国法学》2

0

0

6年第 6期;崔

建远:

《债权:

借鉴与发展》(修订版),

中国人民大学出版社 2

0

1

4年版,

第 7

4

9~7

5

9页。

〔7〕 王泽鉴:

《商品制造人责任与消费者之保护》,

正中书局 1

9

7

9年版,第 1

6页;转引自梁慧星:《民法学说判例与立法

研究》,

中国政法大学出版社 1

9

9

3年版,

第 1

6

5页。

〔8〕 梁慧星:

《民法学说判例与立法研究》,

中国政法大学出版社 1

9

9

3年版,

第 1

6

5页。



类型。其四,

赔偿损失。

〔9〕

3.

权利瑕疵担保责任

(1)权利瑕疵担保责任概述

权利瑕疵担保责任,

是指出卖人应就买卖的标的物,

负有保证第三人不向买受人主张任何

权利的一种民事责任(《合同法》第 1

5

0条)。

权利瑕疵,

在传统民法上有以下情形:

其一,

标的物的所有权全部或一部属于第三人,出卖

人有取得所有权并转移于买受人的义务,

否则即应承担权利瑕疵担保责任。其二,

买受人取得

的所有权负担有第三人的合法权利,

使其行使受到限制。如第三人在出卖物上享有地上权、

抵

押权、

留置权或租赁权等。其三,

标的物所有权的其他瑕疵。主要指标的物本身侵犯他人的专

利权、

商标权、

著作权等知识产权,

经受侵犯人的申请,法院命令销毁、没收或扣留侵权人所制

造的货物,

使买受人丧失其受领之物。这种瑕疵是随着现代经济及科学技术的发展而逐渐产

生和扩大的,

应予以足够的重视。

(2)权利瑕疵担保责任的构成

其一,

权利瑕疵必须在买卖合同成立时已经存在。这一要件与物的瑕疵担保责任不同,主

要是由于权利瑕疵的性质与物的瑕疵存在差异。至于权利瑕疵是否因出卖人的原因所致,则

在所不问。如果在买卖合同成立时权利并无瑕疵,而是在其后产生,则不构成瑕疵担保责任, 而发生侵权、

违约及风险负担等问题。

其二,

权利瑕疵在买卖合同成立后未能消除。权利瑕疵虽然在买卖合同成立时存在,但其

后已经消除的,

不成立瑕疵担保责任。以后消除权利瑕疵,主要有两种情况:一是由出卖人自

行消除,

如标的物的所有权在买卖合同成立时归第三人享有,

但后来因继承、

赠与、

买卖等原因

转归出卖人所有;

二是因法律规定,买受人已经自行取得买卖标的物的所有权,可以对抗第三

人。

其三,

买受人须不知权利存在瑕疵。买受人订立合同时知道或者应当知道第三人对买卖

的标的物享有权利的,

出卖人不承担瑕疵担保义务(《合同法》第 1

5

1条)。这一要件与物的瑕

疵担保中的“善意”相同,

所不同的是在权利瑕疵担保责任的构成中,

不要求买受人对此不知或

无重大过失。这是因为权利的瑕疵的隐蔽性较“物的瑕疵”要强, 买受人“知”的难度相对大于

后者,

如果同物的瑕疵担保责任的构成一样要求买受人无重大过失,对买受人而言过于苛刻, 从而有悖于保护消费者利益的宗旨。但这一原则,

应视具体情况灵活运用,

以调和双方当事人

的利益关系。在动产买卖中,

占有的状态有时不能真实地反映所有权的归属及状况,

对买受人

辨认、

识别存在一定障碍,

法律应规定只要买受人不知权利瑕疵,

出卖人就应承担担保责任;

而

不动产所有权根据其公示的特点,

其瑕疵容易被买受人查知,因此对买受人主观上的要求应严

格一些,

以平衡双方当事人的利益。

(3)权利瑕疵担保责任的方式

权利瑕疵担保责任的方式,

包括中止支付相应的价款,

对此,

《合同法》规定:

买受人有确切

证据证明第三人可能就标的物主张权利的,可以行使履行的抗辩权,中止支付相应的价款,但

〔9〕关于各种救济方式的详细阐释,

请参见崔建远:

《债权:借鉴与发展》,中国人民大学出版社 2

0

1

2年版,第 5

4

9~5

8

6

页。

8

0

3 合同法(第六版)

出卖人提供适当担保的除外(第 1

5

2条)。此外,

还可以适用违约责任的方式。

(五)从合同义务

买卖合同的出卖人除负担以上主合同义务外,还应负担按照约定或交易习惯向买受人交

付提取标的物单证以外的有关单证和资料等从合同义务(《合同法》第 1

3

6条)。

此处所谓的“提取标的物单证以外的有关单证和资料”,主要应当包括保险

单、保修单、普

通发票、

增值税专用发票、

产品合格证、

质量保证书、

质量鉴定书、

品质检验证书、

产品进出口检

疫书、

原产地证明书、

使用说明书、

装箱单等(法释[2

0

1

2]8号第 7条)。

二、

买受人的义务

(一)支付价款

支付价款是买受人的主要义务。买受人支付价款应按照合同约定的数额、地点、时间为

之。

1.

价款数额的确定

价款数额一般由单价与总价构成,总价为单价乘以标的物的数量。当事人在合同中约定

的单价与总价不一致,

而当事人又不能证明总价为折扣价的,

原则上应按单价来计算总价。当

事人对价款的确定,

须遵守国家的物价法规,

否则其约定无效。当事人在合同中约定执行政府

定价的,

依照《合同法》第 6

3条的规定:

“……在合同约定的交付期限内政府价格调整时,按照

交付时的价格计价。逾期交付标的物的,

遇价格上涨时,

按照原价格执行;

价格下降时,

按照新

价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的,

遇价格上涨时,

按照新价格执行;

价格下降时,按

照原价格执行。

”买受人应当按照约定的数额支付价款。对价款没有约定或约定不明确的,可

以协议补充;

不能达成补充协议的,按照合同有关条款或交易习惯确定。如仍不能确定,按照

订立合同时履行地的市场价格履行,依法应当执行政府定价或政府指导价的,按照规定履行

(《合同法》第 1

5

9条)。

2.

价款的支付时间

价款的支付时间,

可以由双方当事人约定。对支付时间没有约定或约定不明确的,

可以协

议补充;

不能达成补充协议的,

按照合同有关条款或交易习惯确定。仍不能确定的,按照同时

履行的原则,

买受人应当在收到标的物或提取标的物单证的同时支付价款(《合同法》第 1

6

1

条)。

价款支付迟延时,

买受人不但要继续支付价款,

而且还有责任支付迟延利息。

买受人在出卖人违约的情况下,有拒绝支付价款、请求减少价款、请求返还价款的权利。

买受人在有明显证据表明第三人可能对标的物提出权利主张而致使其不能取得标的物的所有

权或不能完全取得时,

可以拒绝支付相应的价款。但是,在出卖人提供担保的情况下,买受人

不得拒绝支付价款(《合同法》第 1

5

2条)。

3.

价款的支付地点

价款的支付地点可由双方当事人约定。买受人应当按照约定的地点支付价款。对支付地

点没有约定或者约定不明确,

可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交

易习惯确定;

仍不能确定的,

买受人可以在出卖人的营业地、交付标的物或提取标的物单证的

所在地支付(《合同法》第 1

6

0条)。



4.

价款的支付方式

价款的支付方式,

也可由当事人约定,但当事人关于支付方式的约定,不得违反国家关于

现金管理的规定。

(二)检验义务

1.

及时检验义务

买受人收到标的物时,

有及时检验的义务。当事人对标的物的检验期间未作约定,

买受人

签收的送货单、

确认单等载明标的物数量、

型号、

规格的,

人民法院应当根据《合同法》第 1

5

7条

关于"买受人收到标的物时应当在约定的检验期间内检验。没有约定检验期间的, 应当及时检

验"的规定,

认定买受人已对数量和外观瑕疵进行了检验,

但有相反证据足以推翻的除外(法释

[2

0

1

2]8号第 1

5条)。于此场合,

之所以"认定买受人已对数量和外观瑕疵进行了检验",

是因

为“及时检验”,

可能较为仓促,

难以发现隐蔽瑕疵。假如“认定买受人已对隐蔽瑕疵进行了检

验”,

则对买受人要求过苛,

有失公正。之所以设置“但有相反证据足以推翻的除外”的但书, 是因为有充分、确凿的证据证明买受人签收送货单、确认单等文件,系建立在对隐蔽瑕疵已

经检验的基础之上的,则没有必要再对买受人予以优惠,也免去双方争执、诉讼的麻烦,节约

成本。

2.

检验期间

所谓检验期间,

也叫质量异议期间,

是指买受人应为检验出卖人交付的标的物所必需的时

间。检验期间,

首先尊重当事人的约定。

当事人约定的检验期间过短,

依照标的物的性质和交易习惯,

买受人在检验期间内难以完

成全面检验的,

人民法院应当认定该期间为买受人对外观瑕疵提出异议的期间,并根据法释

[2

0

1

2]8号第 1

7条第 1款关于认定合理期间应当综合考虑的因素的规定,确定买受人对隐蔽

瑕疵提出异议的合理期间(法释[2

0

1

2]8号第 1

8条第 1款)。

当事人约定的检验期间或质量保证期间短于法律、行政法规规定的检验期间或质量保证

期间的,

人民法院应当以法律、行政法规规定的检验期间或质量保证期间为准(法释[2

0

1

2]8

号第 1

8条第 2款)。这意味着将法律、行政法规规定的检验期间或质量保证期间解释成了效

力性的强制性规定。

就检验期间,

当事人未作约定的,检验期间就视为合理期间。所谓合理期间,就是理性人

所认可的必需的时间,

在操作上是由裁判者综合当事人之间的交易性质、

交易目的、

交易方式、

交易习惯、

标的物的种类、

数量、

性质、

安装和使用情况、

瑕疵的性质、

买受人应尽的合理注意义

务、

检验方法和难易程度、

买受人或检验人所处的具体环境、

自身技能以及其他合理因素,

依据

诚实信用原则进行判断(法释[2

0

1

2]8号第 1

7条第 1款)。

需要注意的是,合理期间最长不超过 2年(《合同法》第 1

5

8条第 2款中段,法释[2

0

1

2]8

号第 1

7条第 2款)。但对标的物有质量保证期的,

适用质量保证期,

不适用该 2年的规定(《合

同法》第 1

5

8条第 2款后段)。适用质量保证期,

而不适用《合同法》第 1

5

8条第 2款后段关于 2

年规定的,

这大多发生在建设工程施工合同的场合。

3.

检验标准

检验标准,

按照《合同法》第 6

2条第 1项规定的精神,

首先尊重当事人约定的检验标准;

欠

缺此类约定时,

则以国家标准、

行业标准作为检验标准;没有国家标准、行业标准的,按照通常

0

标准或符合合同目的的特定标准作为检验标准。

值得讨论的有:

出卖人依照买受人的指示向第三人交付标的物,出卖人和买受人之间约定的检验标准与买受人和第三人之间约定的检验标准不一致的,人民法院应当根据《合同法》第64条的规定,以出卖人和买受人之间约定的检验标准为标的物的检验标准(法释[2012]8号第16条)。之所以如此规定,是因为标的物合格与否及其确定标准属于出卖人与买受人之间的利益分配,不涉及第三人的利益。就买卖及其标的物合格与否以及检验标准而言,第三人不是当事人,此其一。根据合同相对性原则,第三人的约定不得约束出卖人;同理,出卖人与买受人之

间关于标的物合格与否及其检验标准的约定才有效,

此其二。

4.

通知义务与视为合格

当事人约定检验期间的,

买受人应当在约定期间内,

将标的物的数量或质量不符合约定的

情形通知出卖人;

买受人怠于通知的,

视为标的物的数量或质量符合约定。当事人没有约定期

间的,

买受人应当在发现或应当发现标的物数量或质量不符合约定的合理期间内通知出卖人。

买受人在合理期间内未通知或自标的物收到之日起 2年内未通知出卖人的,视为标的物数量

或质量符合约定,

出卖人不负物的瑕疵担保责任。

《合同法》第 1

5

8条规定的检验期间、

质量保证期间〔10〕经过后,买受人主张标的物的数量

或质量不符合约定的,

人民法院不予支持(法释[2

0

1

2]8号第 2

0条第 1款)。这是因为权利失

效期间制度的本质就是要消灭实体权利,既然买受人没有在检验期间内向出卖人通知标的物

带有瑕疵,

依据《合同法》第 1

5

8条的规定,出卖人不负责任,买受人主张标的物的数量或质量

不符合约定的,

自然不应得到支持。

不过,

虽然买受人没有在检验期间届满前向出卖人提出质量异议,

但出卖人自愿承担了违

约责任,

其后又以检验期间经过为由翻悔的,人民法院不予支持(法释[2

0

1

2]8号第 2

0条第 2

款)。

还要注意的是,

对标的物有质量保证期的,

适用质量保证期,

不适用《合同法》第 1

5

8条第 2

款关于 2年期间的规定。

5.

履行检验、

通知义务与救济方式成立

出卖人知道或应当知道提供的标的物不符合约定的,买受人得在发现标的物质量或数量

不合格的任何时间向出卖人主张责任的承担(《合同法》第 1

5

8条第 3款)。在标的物确实不合

格的情况下,

一俟通知完毕,

出卖人就得承担物的瑕疵担保责任。

买受人在合理期间内提出异议,

出卖人以买受人已经支付价款、确认欠款数额、使用标的

物等为由,

主张买受人放弃异议的,

人民法院不予支持,

但当事人另有约定的除外(法释[2

0

1

2]

8号第 1

9条)。之所以如此,

是因为权利何时行使,

采取何种方式行使,

其中有策略。只要没有

违反诉讼时效、

除斥期间、

权利失效期间等制度,就应当允许并予以保护。相反,假如,以买受

〔

1

0

〕分析《合同法》第 1

5

8条的规定和物的瑕疵担保责任制度中检验期间的理论,

检验期间分为约定的检验期间与未约

定时的合理期间。合理期间系指当事人未约定检验期间时裁判者确定的检验期间。再者,《合同法》第 1

5

8条第 2

款所规定的 2年期间,

有时仅为单纯的检验期间,

而非质量保证期间。就此看来,

法释[2

0

1

2]8号第 2

0条等将检验

期间、

合理期间、

2年期间并列,看成三个不同的期间,这是不合逻辑的。当然,《合同法》第1

5

8条第 2款所规定的

2年期间,

在个案中,

正好与质量保证期间的长短一致。于此场合,

将检验期间与 2年期间并列提及,且该 2年期间

系指质量保证期间,

则为正确;

但若指检验期间,

则又不合逻辑。



1

1

3

人已经支付价款、

确认欠款数额、

使用标的物等为由,

主张买受人放弃异议的,

就会形成这样荒

谬的结果:

买受人在诉讼时效期间的最后时刻向出卖人主张物的瑕疵担保责任,仍有机会和权

利得到修理、

更换、

重作、

退货、

减少价款或报酬等救济;买受人在短于诉讼时效期间的检验期

间内支付价款、

确认欠款数额、使用标的物等,暂时没有援用《合同法》第 1

5

8条、第 1

1

1条,以

及司法解释的有关规定,

却丧失了获得救济的机会和权利。此其一。若将沉默认定为代表一

定的意思表示,

尤其是若将沉默认定为放弃权利,必须限于法律设有明文规定、当事人已经明

确约定。现行法尚无买受人已经支付价款、确认欠款数额、使用标的物时即为放弃异议的规

定。所以,

法释[2

0

1

2]8号第 1

9条的规定具有法律及法理依据。此其二。

6.

救济方式的落实

(1)物的瑕疵担保责任成立,

买受人根据个案情况而向出卖人主张修理、

更换、

重作、

退货、

减少价款或报酬等救济方式,

只要符合构成要件,

就应当得到支持。

(2)买受人在检验期间、

质量保证期间内提出质量异议,出卖人未按要求予以修理或因情

况紧急,

买受人自行或通过第三人修理标的物后,主张出卖人负担因此发生的合理费用的,人

民法院应予支持(法释[2

0

1

2]8号第 2

2条)。这是代替执行的表现,

值得赞同。

(3)标的物质量不符合约定,

买受人依照《合同法》第 1

1

1条的规定要求减少价款的,人民

法院应予支持。当事人主张以符合约定的标的物和实际交付的标的物按

交付时的市场价值计

算差价的,

人民法院应予支持(法释[2

0

1

2]8号第 2

3条第 1款)。当然,

价款已经支付,

买受人

主张返还减价后多出部分价款的,

人民法院应予支持(法释[2

0

1

2]8号第 2

3条第 2款)。

(三)保管义务

买受人对于出卖人不按合同约定条件交付的标的物,如多交付、提前交付、交付的标的物

有瑕疵等,

有权拒绝接收(《合同法》第 1

6

2条)。在特殊情况下,

买受人虽作出拒绝接受交付的

意思表示,

但有暂时保管并应急处置标的物的义务。

买受人的保管义务是有条件的:

(1)必须是异地交付,

货物到达交付地点时,

买受人发现标

的物的品质瑕疵而作出拒绝接收的意思表示;(2)出卖人在标的物接受交付的地点没有代理

人,

即标的物在法律上已处于无人管理的状态;

(3)一般物品由买受人暂时保管,

但出卖人接到

买受人的拒绝接受通知时应立即以自己的费用将标的物提回或作其他处置,并支付买受人的

保管费用;

(4)对于不易保管的易变质物品如水果、蔬菜等,买受人可以紧急变卖,但变卖所得

在扣除变卖费用后需退回出卖人。买受人在拒绝接受交付时为出卖人保管及紧急变卖标的物

的行为必须是基于善良的动机,不得扩大出卖人的损失。出卖人也不能因买受人上述情况下

的保管或紧急变卖行为而免除责任。

买受人根据《合同法》第 1

6

2条的规定拒绝接收多交部分标的物的,可以代为保管多交部

分标的物。买受人主张出卖人负担代为 保 管 期 间 的 合 理 费 用 的,人 民 法 院 应 予 支 持 (法 释

[2

0

1

2]8号第 6条第 1款)。

此处所谓的“代为保管”,

意味着成立了保管合同,且为有偿的保管合同,而非无偿的保管

合同。此处所谓的“合理费用”,

应为保管费用,

一般限于必要费用,

不包括有益费用。

(四)及时受领义务

买受人应当按照合同约定,

及时受领标的物。未及时受领的,构成迟延受领,买受人应承

担相应的违约责任。

2

1



三、

标的物毁损、

灭失的风险负担和标的物的利益承受

(一)标的物毁损、

灭失的风险负担

标的物毁损、

灭失的风险负担,

是指买卖合同订立后,标的物因不可归责于双方当事人的

事由而发生毁损、

灭失的不利益,

由谁承担的问题。

法律关于风险负担的规定,

属于任意性规范。由此决定,对于标的物毁损、灭失风险的负

担,

当事人有约定的,

依其约定;

当事人没有特别约定的,

贯彻交付主义,

但当事人有过错的,则

采用过错主义。

1.

标的物毁损、

灭失的风险依标的物的交付而转移,即在交付之前由出卖人承担,交付之

后由买受人承担(《合同法》第 1

4

2条)。动产的买卖如此,

不动产的买卖亦然,

均不采用所有权

人主义。例如,

房屋买卖场合,

出卖人将该房屋的钥匙交给买受人,

风险随即移转,

而非等到变

更登记完毕时才转移。法释[2

0

0

3]7号即采这一见解,

于第 1

1条第 2款规定:

“房屋毁损、

灭失

的风险,

在交付使用前由出卖人承担,交付使用后由买受人承担;……但法律另有规定或者当

事人另有约定的除外”。同理,

在采用所有权保留作为买卖合同担保方式的交易中,尽管在特

定的条件满足前,

所有权仍归出卖人所有,但只要完成了标的物的交付,风险就发生了转移。

还有,

在机动车辆、

船舶、

航空航天器的买卖中,

风险也自标的物交付时转移给买受人。

法释[2

0

1

2]8号根据具体情况解读《合同法》第 1

4

2条正文确立的交付主义,形成了如下

具体规则:

(1)当事人没有约定交付地点或约定不明确,

依照《合同法》第 6

1条的规定仍不能确

定,

且标的物需要运输的,

由出卖人负责办理托运,承运人系独立于买卖合同当事人之外的运

输业者。于此场合,

标的物毁损、

灭失的风险负担,

由买受人负担(《合同法》第 1

4

1条第 2款第

1项、

第 1

4

5条,

法释[2

0

1

2]8号第 1

1条)。(2)出卖人根据合同约定将标的物运送至买受人指

定地点并交付给承运人后,

标的物毁损、灭失的风险由买受人负担,但当事人另有约定的除外

(法释[2

0

1

2]8号第 1

2条)。(3)当事人对风险负担没有约定,

标的物为种类物,

出卖人未以装

运单据、

加盖标记、

通知买受人等可识别的方式清楚地将标的物特定于买卖合同,买受人主张

不负担标的物毁损、

灭失的风险的,

人民法院应予支持(法释[2

0

1

2]8号第 1

4条)。

2.

交由承运人运输的在途标的物的,被出卖人出卖的,除当事人另有约定的以外,标的物

毁损、

灭失的风险自合同成立时起由买受人承担(《合同法》第 1

4

4条);不过,在合同成立时知

道或者应当知道标的物已经毁损、灭失却未告知买受人,买受人主张出卖人负担标的物毁损、

灭失的风险的,

人民法院应予支持(法释[2

0

1

2]8号第 1

3条)。

3.

因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的,买受人应当自违反约定之日

起承担标的物毁损、

灭失的风险(《合同法》第 1

4

3条)。例如,法释[2

0

0

3]7号第 1

1条第 2款

后段确认:

“买受人接到出卖人的书面交房通知,无正当理由拒绝接收的,房屋毁损、灭失的风

险自书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担,但法律另有规定或者当事人另有约

定的除外”。

4.

按照约定或依照《合同法》第 1

4

1条第 2款第 2项的规定出卖人应于特定地点交付标的

物的,

出卖人将标的物置于交付地点,买受人违反约定没有收取的,自买受人违反约定之日起

标的物的毁损、

灭失的风险转移给买受人(《合同法》第 1

4

6条)。该项规则同时符合交付主义

和过失主义。

第十五章　买卖合同

3

1

3

所谓《合同法》第 1

4

1条第 2款第 2项的规定,指的是这样的情形:标的物不需要运输,出

卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的,出卖人应当在该地点交付标的物;不知道

标的物在某一地点的,

应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。

5.

因标的物质量不符合质量要求致使不能实现合同目的,买受人拒绝接受标的物或解除

合同的,

标的物毁损、

灭失的风险由出卖人承担(《合同法》第 1

4

8条)。

根据《合同法》第 1

4

7条的规定,

出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料的,

不影

响标的物毁损、

灭失风险的转移。也就是说,若出卖人交付标的物,但按照约定未交付有关标

的物的单证和资料,

则标的物毁损、

灭失的风险仍转移由买受人承担。这一规定主要适用于所

有权保留买卖。一旦当事人约定通过出卖人保留有关标的物单证和资料的方式保留标的物的

所有权的,

标的物毁损、

灭失的风险仍自标的物交付之日起转移。

(二)利益承受

利益承受是指标的物于买卖合同订立后所生的孳息的归属。标的物于合同订立后所生孳

息的归属与标的物所有权的转移以及标的物毁损、灭失的风险负担问题是密切相连的。因此

在利益承受上,

也是以交付时间为确定界限,

即标的物的孳息在交付前产生的,

归出卖人所有,

标的物交付后所生的孳息,

归买受人所有(《合同法》第 1

6

3条)。

四、

买卖合同的终止

买卖合同基于合同终止的一般规则而终止,但也存在特殊性:依照《合同法》的规定,因标

的物的主物不符合约定而解除合同的,解除合同的效力及于从物(第 1

6

4条前段)。因标的物

的从物不符合约定被解除的,解除的效力不及于主物(第 1

6

4条后段);标的物为数物,其中一

物不符合约定的,

买受人可以就该物解除,但该物与他物分离使标的物的价值显受损害的,当

事人可以就数物解除合同(第 1

6

5条)。出卖人分批交付标的物的,出卖人对其中一批标的物

不交付或交付不符合约定,

致使不能实现合同目的的,

买受人可以就该批标的物解除。出卖人

不交付其中一批标的物或交付不符合约定,致使今后其他各批标的物的交付不能实现合同目

的的,

买受人可以就该批以及其他各批标的物解除。出卖人已经就其中一批标的物解除, 该批

标的物与其他各批标的物相互依存的,

买受人可以就已经交付和未交付的各批标的物解除(第

1

6

6条)。

第三节 特种买卖合同

特种买卖包括分期付款买卖、

样品买卖、

试用买卖、

招标投标买卖和拍卖等类型,

本书总则

部分已经就招投标买卖和拍卖两种类型的买卖讨论过,

此处不再赘述。

一、

分期付款买卖

分期付款买卖是一种特殊的买卖形式,

是买受人将其应付的总价款分为若干部分,

按照一

定期限分不同期数向出卖人逐次支付的买卖。至于总价款分为几个期数,每期金额为多少,

由



当事人任意约定。不过,

有学说认为,标的物交付后的付款,至少需要有两期以上。如果总价

款的支付虽 有 两 期 以 上,但 标 的 物 交 付 后 仅 剩 一 期 的,也 不 属 于 分 期 付 款 买 卖。

〔

1

1

〕法 释

[2

0

1

2]8号第 3

8条第 1款要求买受人将应付的总价款在一定期间内至少分三次向出卖人支

付。

由于买受人的分期支付影响了出卖人的资金周转,分期付款的总价款可略高于一次性付

款的价款。同时,

因为分期付款买卖中,出卖人须先交付标的物,买受人于受领标的物后才分

若干次付款,

出卖人有收不到价款的风险,所以,应允许当事人双方就分期付款买卖的若干问

题进行特别约定,

并对特别约定进行必要的限制,

以达到买卖双方的利益的平衡。这类特别约

定的条款主要有以下几种。

〔

1

2

〕

(一)解除合同或请求支付全部价款的特约

对于买卖合同的解除问题,

当事人没有约定条件的,

自然适用《合同法》第 1

6

7条第 1款关

于“分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一的, 出卖人可以要求买

受人支付全部价款或者解除合同”的规定,

或《合同法》第 9

4条等规定,

以及法释[2

0

1

2]8号的

有关规定;

当事人另有约定的,

如约定分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款

的六分之一的,

或四分之一的,

出卖人有权要求买受人支付全部价款或解除合同。也就是说,

当事人关于解除合同或请求支付全部价款的特约,

除非违反事理或违反公序良俗原则,应当得

到法律的认可。再者,

分期付款买卖合同的约定违反《合同法》第 1

6

7条第 1款的规定,

损害买

受人利益,

买受人主张该约定无效的,

人民法院应予支持(法释[2

0

1

2]8号第 3

8条第 2款)。

在分期付款买卖合同约定出卖人在解除合同时可以扣留已受领价金,而且出卖人扣留的

金额超过标的物使用费以及标的物受损赔偿额的情况下,买受人请求返还超过部分的,人民法

院应予支持(法释[2

0

1

2]8号第 3

9条第 1款)。当事人对标的物的使用费没有约定的,

人民法

院可以参照当地同类标的物的租金标准确定(法释[2

0

1

2]8号第 3

9条第 2款)。

(二)所有权保留的特约

所谓所有权保留,

是指在买卖合同中,

买受人虽先占有、

使用标的物,

但在双方当事人约定

的特定条件(通常是清偿价款的一部分或全部)成就之前,

出卖人仍保留标的物所有权,

待条件

成就后,

再将所有权转移给买受人的买卖形式。

按照法释[2

0

1

2]8号第 3

4条的规定,

《合同法》第 1

3

4条关于标的物所有权保留的规定不

适用于不动产。这实际承认了《物权法》第 1

4条、

第 1

6条第 1款的规定为强制性规定,

不允许

当事人以特约予以改变或排除这两条规定的适用。

当事人约定所有权保留,

在标的物所有权转移前,买受人有下列情形之一,对出卖人造成

损害的,

允许出卖人主张取回标的物的:

(1)未按约定支付价款的;(2)未按约定完成特定条件

的;

(3)将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分的(法释[2

0

1

2]8号第 3

5条第 1款)。而

且,

取回的标的物价值显著减少,出卖人 要 求 买 受 人 赔 偿 损 失 的,人 民 法 院 应 予 支 持 (法 释

[2

0

1

2]8号第 3

5条第 2款)。但是,

买受人已经支付标的物总价款的 7

5%以上,

出卖人主张取

〔

1

1

〕 郑玉波:

《民法债编总论》(上册),

三民书局 1

9

8

1年版,第 1

0

1页;史尚宽:《债法各论》,荣泰印书馆股份有限公司

1

9

8

1年版,

第 9

1页;

邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 1

4

4页。

〔

1

2

〕郭明瑞、

王轶:

《合同法新论·分则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

7年版,

第 5

2~5

4页。

回标的物的,人民法院不予支持(法释[2012]8号第 36条第 1款)。此其一。在法释[2012]8号第 35条第 1款第 3项规定的未按约定付款的情形下,第三人依据《物权法》第 106条的规定已经善意取得标的物所有权或其他物权,出卖人主张取回标的物的,人民法院不予支持(法释[2012]8号第 36条第 2款)。因为于此场合出卖人已经丧失了标的物的所有权, 无法要求

返还

标的物。此其二。

出卖人取回标的物后,

买受人在双方约定的或出卖人指定的回赎期间内,

消除出卖人取回

标的物的事由,

主张回赎标的物的,

人民法院应予支持(法释[2

0

1

2]8号第 3

7条第 1款)。当

然,

买受人在回赎期间内没有回赎标的物的,出卖人可以另行出卖标的物(法释[2

0

1

2]8号第

3

7条第 2款)。出卖人另行出卖标的物的,

出卖所得价款依次扣除取回和保管费用、再交易费

用、

利息、

未清偿的价金后仍有剩余的,应返还原买受人;如有不足,出卖人要求原买受人清偿

的,

人民法院应予支持,

但原买受人有证据证明出卖人另行出卖的价格明显低于市场价格的除

外(法释[2

0

1

2]8号第 3

7条第 3款)。

(三)解除合同场合损害赔偿金额的特约

解除合同场合损害赔偿金额的特约,是指当事人双方关于解除合同时一方应向另一方支

付的赔偿金额的约定。解除合同时,

当事人双方应各自将其从对方处取得的财产返还给对方,

有过错的一方并应赔偿对方的损失。分期付款买卖在因买受人一方的原因而由出卖人解除合

同时,

标的物已经交付买受人,

因此,买受人在占有标的物期间的利益也即是出卖人的一种损

失。为保护出卖人的利益,

在分期付款买卖中当事人之间经常有关于出卖人于解除合同时得

扣留其已受领的价款或请求买受人支付一定金额的约定。这种约定如过于苛刻则对买受人不

利。为了维系公平和保护买受人的利益,法律要对关于出卖人解除合同时出卖人得扣还价款

或请求支付价款的约定作一定的限制。一般来说,因买受人一方的原因,出卖人解除合同的,出卖人向买受人请求支付或扣留的金额,不得超过相当于该标的物的通常使用费的金额。对

此,

《合同法》第 1

6

7条第 2款规定:

“出卖人解除合同的,

可以向买受人要求支付该标的物的使

用费”。如标的物有毁损时,

则应再加上相当的损害赔偿金额。如当事人约定的出卖人于解除

合同时得扣留的价款或请求支付的金额超过上述限度,

则其超过部分的约定无效。

〔

1

3

〕

二、

样品买卖

(一)样品买卖的概念

样品买卖,

又称货样买卖,

是指当事人双方约定一定的样品,出卖人交付的标的物应与样

品具有相同品质的买卖。所谓样品,又称货样,是指当事人选定的用以决定标的物品质的货

物。其通常情形为货物本身,

但图样或模型,如能显示标的物的种类和品质的,仍可认为是样

品,

并可依此成立样品买卖合同。

〔

1

4

〕

(二)样品买卖的效力

样品买卖,

是在买卖关系中附加了出卖人的一项“须按样品的品质标准交付标的物”的义

务,

因此,

样品买卖除适用普通买卖的规定外,还产生下列效力:(1)出卖人应按样品所确定的

〔

1

3

〕 郑玉波:

《民法债编各论》(上册),

三民书局 1

9

8

1年版,

第 1

0

4页。

〔14〕邱聪智:《新订债法各论》(上),姚志明校订,中国人民大学出版社2006年版,第141页。



品质标准向买受人交付标的物(《合同法》第168条后段)。(2)如果样品本身存在隐蔽瑕疵,且样品买卖的买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的,无论交付的标的物是否与样品相同,出卖人都负有交付的标的物的质量符合同种物通常标准的义务(《合同法》第169条)。

由于在样品买卖中交付的标的物与样品的品质是否相同决定着买卖双方的权利义务及责

任,

当事人应当封存样品,

并且可以对样品质量予以说明(《合同法》第 1

6

8条前段),以便发生

纠纷时的举证和纠纷的处理。如果买受人以标的物的品质与样品不符而拒绝受领标的物,应

由出卖人证明标的物的品质与样品的品质相符,

否则应负迟延履行的责任;买受人受领标的物

后主张瑕疵担保请求权的,

应由买受人就标的物的品质不符样品的品质负举证责任。

〔

1

5

〕

合同约定的样品质量与文字说明不一致且发生纠纷时当事人不能达成合意,样品封存后

外观和内在品质没有发生变化的,人民法院应当以样品为准;外观和内在品质发生变化,或者

当事人对是否发生变化有争议而又无法查明的,人民法院应当以文字说明为准(法释[2

0

1

2]8

号第 4

0条)。

三、

试用买卖

(一)试用买卖的概念

试用买卖,

也叫实验买卖,

是指当事人双方约定,

于合同成立时,

出卖人将标的物交付买受

人试验或检验,

并以买受人在约定期限内对标的物的认可为生效要件的买卖形式。这种买卖

常见于某些新产品的推销销售领域。

试用买卖作为一种特种买卖,

与一般买卖合同相比具有以下特征:(1)试用买卖约定由买

受人试验或检验标的物。(2)试用买卖是以买受人对标的物的认可为生效条件(停止条件)的

买卖合同。所谓买受人对标的物认可,

也叫承认,是指买受人对标的物为“满意”的观念通知,

或者说买受人向出卖人表示接受标的物。

由此决定,

买卖合同存在下列约定内容之一的,不属于试用买卖,买受人主张属于试用买

卖的,

人民法院不予支持:

(1)约定标的物经过试用或检验符合一定要求时,

买受人应当购买标

的物;

(2)约定第三人经试验对标的物认可时,

买受人应当购买标的物;(3)约定买受人在一定

期间内可以调换标的物;

(4)约定买受人在一定期间内可以退还标的物(法释[2

0

1

2]8号第 4

2

条)。

(二)试用买卖的生效

试用,

为促使买受人“满意”标的物,

决定购买的手段,

乃为了买受人的利益。因此,

试用买

卖合同一经成立,

出卖人便负有容许买受人试用的义务。由此决定,

买受人有权请求出卖人交

付标的物;

出卖人若拒绝,

买受人有权请求强制执行。

〔

1

6

〕

试用的方法、

过程和范围,

当事人有约定的,依其约定;无约定的,则根据个案情况客观地

决定。例如,

汽车仅需实验驾驶一定的路途。

〔

1

7

〕

试用的费用,

当事人有约定的,

依其约定;

当事人没有约定使用费或约定不明确,

出卖人主

〔

1

5

〕 郑玉波:

《民法债编各论》(上册),

三民书局 1

9

8

1年版,

第 1

0

0~1

0

1页。

〔

1

6

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 1

3

7页。

〔

1

7

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 1

3

7页。



张买受人支付使用费的,

人民法院不予支持(法释[2

0

1

2]8号第 4

3条)。

(三)试用期间

试用期间,

顾名思义,

是指买受人试用标的物,决定是否购买标的物所需要的期间。对于

试用期间,

当事人有约定的,

依其约定;没有约定或约定不明确的,可以协议补充;不能达成补

充协议的,

按照合同有关条款或交易习惯确定(《合同法》第 6

1条);

如仍不能确定的,

由出卖人

确定。

(四)对买受人认可(承认)的确定及其法律效力

1.

认可(承认)的意义

认可(承认)的法律性质,

通说认为系观念通知,

准用法律行为的有关规定。其表示无须一

定的方式,

也不需要明示,

但应在试用期间内作出。买受人在试用期间内未作出是否认可的表

示,

即沉默,

视为认可(承认)。对此,

《合同法》第 1

7

1条后段明确规定:

“试用期间届满,

买受人

对是否购买标的物未作表示的,

视为购买”。

《合同法》第 1

7

1条前段规定:

“试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物,也可以拒

绝购买。

”这表明认可(承认)为买受人的权利,

而非义务。它延伸的意义还有,

买受人可以不经

试用而不予认可(拒绝)。不过,

在标的物没有瑕疵的情况下,买受人不经试用而不予认可(拒

绝),

有时可能违背诚实信用原则,

构成权利滥用。

〔

1

8

〕

2.

认可(承认)的拟制

试用买卖的买受人在试用期内已经支付一部分价款的,人民法院应当认定买受人同意购

买,

但合同另有约定的除外(法释[2

0

1

2]8号第 4

1条第 1款)。在试用期内,买受人对标的物

实施了出卖、

出租、

设定担保物权等非试用行为的,人民法院应当认定买受人同意购买(法释

[2

0

1

2]8号第 4

1条第 2款)。

3.

认可(承认)的效力

认可(承认),

就是试用买卖合同所附生效条件(停止条件)成就。试用买卖合同因买受人

对标的物的认可(承认)而生效。自此,

双方当事人有义务按照约定和法定来履行合同义务。

(五)买受人不予认可(拒绝)

在试用期间内,

买受人作出不认可的表示,

即拒绝,

所附生效条件(停止条件)不成就,

则该

试用买卖合同不生效力。

不予认可(拒绝)的法律性质,

通说认为属于观念通知,

准用法律行为的有关规定。

试用买卖合同因买受人不予认可(拒绝)而不生效力,买受人因此负返还标的物的义务。

因可归责于买受人的事由,

造成标的物毁损、

灭失而返还不能的,

买受人应承担损害赔偿责任。

〔18〕邱聪智:《新订债法各论》(上),姚志明校订,中国人民大学出版社2006年版,第137页。

# 第十六章 供用电、水、气、热力合同

第一节　供用电、

水、

气、

热力合同概述

一、

供用电、

水、

气、

热力合同的界定与法律性质

供用电、

水、

气、

热力合同，

是指一方提供电、

水、

气、

热力供另一方利用，

另一方支付价款的

合同。提供电、

水、

气、

热力一方为供应人，

利用电、

水、

气、

热力一方为利用人。

供用电、

水、

气、

热力合同具有公共利用性质,

是一种提供基础设施性质或基本生活资源的

合同,

它对整个社会经济的发展和人民生活水平的提高,有着十分重要的作用。因此,立法对

其加以规定就显得十分必要。《合同法》第十章以“供用电、

水、

气、

热力合同”的章名加以规范,

不过,

采取了仅就供用电合同作出规定,

其余几种合同参照供用电合同的规定予以适用的立法

技术。

此类合同具有如下法律性质:

1.

公用性。所谓公用性,

是指供应人提供的电、

水、

气、

热力的消费对象不是社会中的某些

特殊阶层，

而是一般的社会公众，

包括自然人、

法人和其他组织等。因此，

供应人对于提出供应

要求的利用人，

负有强制缔约义务，

一般不得拒绝，

除非这种供应对供应人来说代价过分高昂，

或不符合安全条件等原因而不能供应。其目的在于使一切人都可以平等地享有与供应人订立

合同，

从而利用电、

气、

水、

热力资源的权利。

2.

公益性。所谓供用电、

水、

气、

热力合同的公益性，

是指这类公共供用合同的目的不只是

为了让供应方从中得到利益，

更主要的是为了满足人民生活的需要，

提高人民生活质量。公共

供用企业并非纯粹以营利为目的的企业,而是以提升公共生活水平等公益事业为重要目标的

企业。国家对于这类供用合同的收费标准都有一定的限制,

供应人不得随意将收费标准提高。

3.

继续性。无论是电、

自来水,

还是煤气(天然气)以及热力的供应,对于供应人和利用人

双方来说都不是一次性的,

而是持续的。对供应人一方来说,为向利用人供应上述资源,需要

花费相当的代价铺设管道或架设电线,这显然不能只是为了一次性的利用。而对于利用人来

说,

一般也是为了长期生活的便利才利用这些管网设施所提供的上述资源。作为继续性合同, 即使其供给或收取费用为分期的,

或为各个的,

但这些各次分开的给付或费用支付并不作为各

个独立的合同,

而仍为一个合同。

4.

合同终止的非溯及性。公共供用合同的标的物均为可消耗物,

在一次利用之后,即为返

还不能,

不像其他买卖合同一样,

可以将标的物返还。因此,

在供用电、

水、

气、

热力合同因各种

原因终止后,

其效力仅能向将来发生,

而不能溯及既往。

第十六章　供用电、

水、

气、

热力合同

9

1

3

二、

供用电、

水、

气、

热力合同与格式合同

供用电、

水、

气、

热力合同是一种公用性、

公益性合同,

作为供应人的电力公司、

自来水公司

等主体,

不可能与每一个利用人进行协商,

分别订立合同,

而是采用格式条款的方式附合缔约。

这可以大大减轻这些公司的负担,提高其工作效率和服务效率,减少交易的成本;利用人欲订

立供应电、

水、

气、

热力合同,

也只需在格式合同上签名,

并填上相应事项即可,

不必再经过反复

的协商。因此,

在供用电、

水、

气、

热力合同中采用格式条款,

实属必然。例如,

原电力工业部制

订的《供电营业规则》第 9

3条第 2款规定:“供用电合同书面形式可分为标准格式和非标准格

式两类。标准格式适用于供电方式简单、

一般性用户需求的用户;

非标准格式合同适用于供电

方式特殊的用户。

”其中的“标准格式”即为《合同法》所说的格式条款。

与格式合同相伴而来的是公平问题。这些供用电、

水、

气、

热力的企业和公司,

在制定格式

条款时,

往往会基于自己利益的考虑,在合同中可能会尽量地减轻自己应负担的责任,要求利

用人承担不合理的义务,

制定一些免除自己责任的免责条款,

等等。这些供用人往往处于同行

业的独占和垄断地位,

而对电、

水、

气、暖的利用又是大多数人生活中所必不可少的,因此利用

人可能被迫接受一些不平等的格式条款。《合同法》对格式条款设有专门的限制性规定(第 4

0

条至第 4

3条),

以防止类似情形的发生。

第二节　供用电合同

一、

供用电合同的概念

供用电合同是供电人向用电人供电,用电人支付电费的合同(《合同法》第 1

7

6条)。一

般来说,供用电合同依利用人及利用目 的 的 不 同 可 分 为 两 种:一 种 是 生 产 经 营 性 供 用 电 合

同,另一种是生活消费性供用电合同。在生产经营性供用电合同中,双方一般应就用电的数

量、供电质量等有特殊的约定,在电 力 供 应 紧 张 时 期,用 电 人 还 要 事 先 编 制 计 划,向 供 电 人

申请。在一般的生活消费 性 供 用 电 合 同,由 于 其 标 准 较 一 致,一 般 无 须 与 供 电 人 作 特 殊 协

商。

二、

供用电合同的效力

(一)供电人的义务

1.

及时、

安全、

合格供电

用户提出申请的,

供电企业应尽速确定供电方案、

并在一定期限内正式书面通知用户。合

同订立后,

供电人应当按照合同约定的时间向用电人供电。当事人对供电标准有约

定的, 依其

标准供应;

当事人无约定的,

则根据用电人具体的用电意图可以推定的标准或国家规定的标准

供电,

国家未规定标准的,

按照同类行业的标准供电。

供电人必须安全、

合格供电。供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电,造



成用电人损失的,

应当承担损害赔偿责任(《合同法》第 1

7

9条)。

供用电合同的履行地点,

按照当事人约定;当事人没有约定或约定不明确的,供电设施的

产权分界处为履行地点(《合同法》第 1

7

8条)。

2.

供电人因限电、

检修等停电的通知义务

《合同法》第 1

8

0条规定:

“供电人因供电设施计划检修、

临时检修、

依法限电或者用电人违

法用电等原因,

需要中断供电时,

应当按照国家有关规定事先通知用电人。未事先通知用电人

中断供电,

造成用电人损失的,

应当承担损害赔偿责任。

”正常供电是供电人的义务。但是,当

电力总量不足而需要计划分配,

或是供电设施需要检修时,

一般都可能会暂时性地停电。但是

突然断电使用电人毫无准备,

就很可能给用电人造成意想不到的损失,有的企业甚至会因此而

造成设备的损坏,

等等。因此供电人在停电之前,必须以通知的方式明确告知用电人,使其有

所准备和安排。至于其通知方式,

法律没有明确规定,

目前的做法一般是在报纸或电视上刊登

通知,

通知必须在停电前的合理期限内为之。

3.

对事故断电的抢修义务

所谓事故断电,

是指因为不可抗力或通常事变造成供电设施毁坏,

以致电力无法继续正常

供应的情况。这种事故断电有多种发生原因:

(1)不可抗力。(2)人为破坏。这种破坏虽为人

为故意实施,

但对供电人及用电人双方来说都是难以预测,

或是难以防止的。如偷盗输变电设

备、

偷割电缆、

电线等。(3)其他偶然事件(通常事变)。在出现事故断电的情况下,应当适用

《合同法》第 1

8

1条关于“因自然灾害等原因断电,

供电人应当按照国家有关规定及时抢修。未

及时抢修,

造成用电人损失的,

应当承担损害赔偿责任”的规定处理。所谓及时抢修,

是指供电

人自知道事故发生或接到事故通知之时起,

应立即找寻事故发生地点,并投入相关设备进行快

速修复，

使供电设施以最快速度恢复正常供电状态，

将损失降到最低点。因供电人未及时抢修

造成用电人损失的，

供电人应负赔偿责任。发生意外事故时，用电人一方也应该尽力减少损

失。

此外，供电人还负有因限电或停电造成用电人用电未达标时，补充供给一定量电力的义

务；

在用电人交纳电费时，

向用电人开具用电数量详细情况凭证或记录的义务等。

(二)用电人的义务

1.

用电人支付电费的义务

供电合同是双务、

有偿合同，

用电人应对其使用供电人供应的电力支付费用。供电人为用

电人安全而为其检修用电设施的，

用电人还有支付服务费用的义务。

2.

用电人对用电设施的安全保持义务

保持用电设施处于安全状态，

是保证用电安全的前提条件。因此，

对于已经安全装设的用

电线路和保险装置，

用电人不得随意拆换,

以防止发生危险,

或因此留下隐患。同时,

用电人也

不得在已经检修合格的用电设施中再随意拉线,连接用电设施。对于用电设施出现故障需要

修理的,

一般也要请电工修理,

不得自己随意接拉电线或修理。否则,

造成损失或发生危险的,

供电人对此不负责任。

3.

用电人对供电人正当检修、

停电、

限电的忍受义务

供电属于高度危险 作 业,因 各 种 意 外 事 故 而 需 要 对 用 电 设 施 进 行 检 修,或 是 因 此 而 停

电、限电,都是较为常见的现象,这也是防止危险发生的必要措施。用电人对此应当忍受,而

第十六章　供用电、

水、

气、

热力合同

1

2

3

不得随意主张除去。如果由于特定时期供电总量有限,需要限制用电人的用电量的,用电人

也应负必要的忍受义务。同时,供电人检修供电设施时需要用电人协助的,用电人负有协助

义务。

4.

用电人依照约定用电的义务

用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定安全用电。用电人未按照国家有关规定和

当事人的约定安全用电,

造成供电人损失的,

应当承担损害赔偿责任(《合同法》第 1

8

3条)。

三、

供电合同的中止

用电人拖欠电费的,

供电人可以中止合同,

待用电人补交电费及其迟延利息之后重新供电

(《合同法》第 1

8

2条)。

第十七章　赠 与 合 同

第一节　赠与合同概述

一、

赠与合同的界定与法律性质

赠与合同,

是指赠与人将其财产无偿给予受赠人,受赠人表示接受赠与的合同(《合同法》

第 1

8

5条)。此处的财产叫做赠与物,

转让财产的一方称作赠与人,

接受财产一方称为受赠人。

赠与合同具有如下法律性质:

1.

赠与人须将其财产无偿地给予受赠人。《合同法》上的赠与,

其标的物即赠与物,

限于财

产。此处所谓财产,仅指财产上的权利,不包含义务,如所有权、定限物权(含准物权)、无体财

产权、

债权、

有价证券、

股权等,

均可作为赠与物。这些财产,按照《合同法》第 1

8

5条规定的文

义,

应归赠与人所有。至于赠与人享有财产权的时间点,不以赠与合同成立时为限,将来可归

为赠与人的财产,

也可以作为赠与物。

〔1〕

赠与内容为给予财产。所谓给予财产,

是指使赠与人方面减少财产(包括本应增加而没有

增加),

而直接使受赠人方面增加财产(包括本应减少却未减少)的行为。其主要情形包括:物

权的让与、

设立、

抛弃,

无体财产权的让与,

债权让与而不要求对价,

债务免除,

债务承担而不要

求对价,

债权的清偿而不要求对价,

提供担保,

有价证券及股权的无偿赠与。

〔2〕

至于一方当事人的财产虽然有所减少,

但并未直接使他方的财产因此而有所增加的,

如甲

宴请乙,

或虽使他方的财产有所增加,

但并未直接使自己的财产因而有所减少的,

如拒绝继承,

都不是赠与。

无偿给予财产是赠与的要件。所谓无偿,是指受赠人对所受的赠与并不付出对价。赠与

人一方负有给付的义务,

受赠人不负给付的义务,

这种情形比较容易认定为无偿。赠与人一方

负有给付的义务,

受赠人亦负给付的义务,只不过受赠人的给付并非赠与人给付的对价的,亦

为无偿。附负担的赠与属于后者(《合同法》第 1

9

0条第 1款)。

综上所述,

赠与的要件为无偿给予财产,以财产的终局移转为目的,因此,无偿提供服务, 并非赠与,

应根据具体情况适用雇用合同、

委托合同等法律规定。再者,

使用、

收益为财产所派

生的作用,

从而一方将其财产无偿地供他方收益的,属于减少自己的财产而增加他方财产的行

为,

应当认定为赠与。至于以自己之物无偿供他方使用,使他方因而受有财产利益的,如甲将

〔1〕 刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 1

9

3~1

9

4页。

〔2〕 刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 1

9

4页。

第十七章　赠与合同

3

2

3

其 1

0

0万元人民币交给乙使用,

不收取利息,

或将其卡车交给乙用作运输,

不收取使用费,虽然

符合赠与的要件,

但因《合同法》设有借款合同的规范,

理论和实务承认借用合同,

所以,

不适用

《合同法》关于赠与的规定来规范它们。

〔3〕

赠与合同的无偿性决定了赠与人的注意义务、给付义务、归责事由和责任范围较轻。例

如,

赠与物即使存在瑕疵,

原则上也不成立瑕疵担保责任,除非赠与人故意隐瞒了隐蔽瑕疵或

明确地作出了品质保证(《合同法》第 1

9

1条第 2款)。

2.

赠与合同为经受赠人同意接受赠与而成立的合同。赠与属于一种恩惠行为,不过为了

尊重受赠人的意思,

不得强制其接受恩惠,所以赠与必须经受赠人明示或默示的同意,合同才

能成立。倘若仅有一方当事人的施惠,

并未经他方同意,

则不成立赠与,

可成立他种法律关系。

例如,

债务的免除,

仅有债权人一方表示免除,而不经债务人同意的,直接发生免除的法律效

果,

而不构成赠与;

若经过他方的同意而发生免除债务的效果的,则可成立赠与。在后一种情

况下,

免除为赠与合同的履行行为。

〔4〕

3.

赠与合同为单务合同、

诺成合同、非要式合同。在赠与合同中,仅赠与人负有交付赠与

财产的义务,

受赠人不负对待给付义务,或虽然承担义务,但与赠与人的给付义务不具
有对价

关系,

故赠与为单务合同。《合同法》生效之前,

司法解释将赠与物的交付作为赠与合同的成立

要件(《关于民法通则的意见》第 1

2

8条前段),从而使赠与合同具有实践性(要物性)。《合同

法》对此予以修正,

改为只要双方当事人意思表示一致,

赠与合同即告成立,

不以赠与人交付赠

与物为合同的成立要件(第 1

8

5条),从而使赠与合同具有诺成性。赠与合同可以采用口头形

式,

也可以采用书面等形式,

表现出非要式性。

二、

赠与合同的分类

(一)一般赠与和特种赠与

以赠与合同的成立、效力是否具有特殊情况为区分标准,赠与可分为一般赠与和特种赠

与。所谓一般赠与,

或称单纯赠与,是指单纯以一方当事人对他方当事人无偿给予财产为内

容,

在合同的成立或效力方面,

未附条件、

期限或负担等特殊情况的赠与。所谓特种赠与,或称

非单纯赠与,

是指在赠与合同的成立或效力方面附着条件、

期限或负担等特殊情况的赠与。其

表现形式有:

(1)附义务赠与;

(2)附条件赠与;(3)附期限赠与;(4)死因赠与;(5)现实赠与; (6)混合赠与。

所谓附义务赠与,

有些立法例及其学说将其称为附负担赠与,

是指受赠人负有一定给付义

务的赠与。鉴于受赠人所负的一定给付义务与赠与人所负的给付义务无对价关系,为了显示

这两种给付义务的区别,

传统民法及其学说将受赠人所负的给付义务叫做负担。该种负担系

附随赠与而生,

故将此类赠与称作附负担赠与。

〔5〕《合同法》没有沿用附负担赠与的称谓,采

用了附义务赠与的名称(第 1

9

0条第 1款以下)。

〔3〕刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 1

9

5页。

〔4〕刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 1

9

5页。

〔5〕 邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

1

1页;刘春堂:《民法债编各论》

(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

1

3页。

4

2

3　合同法(第六版)

赠与合同所附的义务(负担),

属于赠与合同关系中的义务(负担),

而非赠与合同关系外的

另一种合同关系的组成部分。换句话说,

附负担赠与(附义务赠与)不是赠与合同与负担合同

两者的结合。负担(义务)的内容,

必须是受赠人的一定给付,至于该给付有无财产价格、作为

抑或不作为,

均在所不问;

就是具有财产价格,

也不要求与赠与物的价值相当。负担的受益人,

通常为赠与人本人,

约定为特定第三人乃至一般公众,

亦无不可。

〔6〕

所谓附条件赠与,

是指赠与物财产权的移转或赠与合同的终止取决于当事人双方约定的

条件是否成就的赠与。它与附义务赠与(附负担赠与)不同,

主要表现如下:

附条件限制了赠与

合同效力,

附停止条件场合是限制了赠与物财产权移转的履行效力,附解除条件场合是限制了

赠与合同的存续期间;

而附义务(负担)并不限制赠与合同的效力,仅仅是使受赠人负有负担。

就此看来,

两者不同。

所谓附期限赠与,

是指赠与物财产权的移转或赠与合同的终止取决于当事人双方约定的

期限届至或届满的赠与。它与附义务赠与(附负担赠与)不同,

主要表现如下:

附期限限制了赠

与合同的效力,

附始期赠与场合是限制了赠与所有权物移转的履行效力,附终期赠与场合是限

制了赠与合同的存续期间;

而附义务(负担)并不限制赠与合同的效力,

仅仅是使受赠人负有负

担。就此看来,

两者也不同。

所谓死因赠与,

是指因赠与人死亡而生效力的赠与。它实际上是以“赠与人死亡时,受赠

人仍然生存”为停止条件的赠与,

性质上为附停止条件赠与的一种。死因赠与和遗赠的相同点

在于,

二者均为无偿给予财产的无偿行为,且均须于赠与人/

遗赠人死亡时(受赠人/

受遗赠人

尚生存着)开始发生效力。其不同点表现在:(1)死因赠与为合同,遗赠是单独行为;(2)遗赠

须以遗嘱为之,

属于要式行为。

〔7〕

所谓现实赠与,

是指赠与合同成立的同时即已履行的赠与,

即赠与人以赠与物现实交付于

受赠人而成立的赠与。

所谓混合赠与,

是指约定使受赠人亦为一部分对待给付的赠与。半买半赠,

为其著例。对

于此类合同,

原则上仍应适用一般赠与的规定,但对于受赠人所为对待给付部分,应类推适用

附义务赠与的规定。

〔8〕

区分一般赠与和特殊赠与具有的法律意义包括:(1)在一般赠与中,受赠人不负任何给付

义务,

赠与的成立及其履行,

无害于而是有益于受赠人,

因而无须受赠人具有行为能力;

与此不

同,

在附条件赠与、

附负担赠与中,

受赠方也要相应地承担一定的义务,

尽管该义务弱于赠与人

的给付义务,

但其实际履行时仍有可能使受赠人受到损害,需要受赠人具有辨别赠与的性质及

法律效果的能力,

以决定是否签订赠与合同,所以需要受赠人具备一定的行为能力。当然,这

种区别在赠与人一方不会体现出来,

因为将其财产赠与他人属于较为重要的法律行为,应要求

赠与人具备完全行为能力,

至于无行为能力人或限制行为能力人为赠与的,需要其监护人的同

意。(2)一般赠与场合,

赠与人对赠与物的瑕疵不承担责任。在附义务赠与场合,对赠与物的

〔6〕 邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

1

1~2

1

2页;

刘春堂:

《民法债编各

论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

1

3~2

1

4页。

〔7〕 刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

2

0页。

〔8〕郑玉波:

《民法债编各论》(上册),三民书局 1

9

8

1年版,第 1

7

1~1

7

2页;邱聪智:《民法债编各论》(上),姚志明校

订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

1

9页;

刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

2

3页。

第十七章　赠与合同

5

2

3

瑕疵,

赠与人在所附义务的限度内承担与出卖人相同的瑕疵担保责任(《合同法》第 1

9

1条第 1

款)。(3)一般赠与场合,赠与人在赠与物的权利转移后,一般不再享有撤销权(当然也有例

外);

而特种赠与场合则有所不同,赠与人可以通过主张受赠人未履行其义务而撤销赠与合同

(《合同法》第 1

9

2条第 1款第 3项)。

(二)履行道德义务的赠与和非履行道德义务的赠与

以赠与的目的是否关乎履行道德上的义务为区分标准,赠与可分为履行道德义务的赠与

和非履行道德义务的赠与。

所谓履行道德义务的赠与,

是指赠与目的在于履行道德义务的赠与。所谓非履行道德义

务的赠与,

则是非履行道德义务的赠与。属于前者的,

如儿媳为尽道德上的义务而对丈夫的父

母为赠与的。属于后者的,

如甲向学生乙赠与 2万元人民币,

以支持其继续学习。做这种区别

的意义主要在于:

履行道德义务的赠与对赠与人的约束力较强,不得任意撤销;而对于非为履
履

行道德义务之赠与,在赠与财产的权利转移前,赠与人一般可以任意撤销(《合同法》第 1

8

6

条)。

三、

赠与的社会意义

赠与虽属转移财产权的合同,

但其本身并不创造新的经济价值,

只是将社会财产的一部分

从一定的享有者手中转移到另外的人手中,故一般起不到直接促进社会经济发展的作用。不

过,

赠与具有相当的社会意义。其一,赠与人以一定财产无偿地添加到受赠人的财产之中,可

以增强受赠人的经济地位,

改善受赠人的现实经济环境,甚至使经营者起死回生,不仅在一定

程度上重新分配了财产的归属,

甚至可能增加社会财富和就业人数。其二,通过赠与合同,可

沟通当事人双方的感情,

满足双方感情的需要,

进而起到融洽社会气氛、

减少社会矛盾的作用。

可以说,

赠与虽具有较少的经济作用,然而作为现代理智性社会生活关系的调剂,仍是必不可

少的。因此各国或地区都在立法上对赠与合同加以规定。

第二节　赠与合同的效力

赠与合同为单务合同,

其效力主要体现在赠与人所负有的义务及责任,

受赠人所享有的权

利。赠与人的义务主要如下。

一、

交付赠与物

赠与合同以使赠与物归于受赠人占有为直接目的,

赠与人的主要义务是依照合同约定的期

限、

地点、

方式、

标准将赠与物的占有和财产权移转给受赠人。需要办理登记等手续方能发生财产

权移转效力的,

赠与人办理完毕有关手续妥当之后,

方可视为完成给付(《合同法》第 1

8

7条)。

二、

承担违约责任

赠与人承担违约责任,

需要实施了违约行为这个客观要件。此处所谓违约行为,

包括不能



履行、

迟延履行、

不完全履行,

在赠与人享有并行使撤销权的情况下,

拒绝履行不包含在其中。

赠与人不能履行时,

并非一定要承担责任,从《合同法》第 1

8

9条关于“因赠与人故意或者

重大过失致使赠与的财产毁损、

灭失的,

赠与人应当承担损害赔偿责任”的规定分析,

赠与人对

于不能履行没有过失或仅有一般过失时,

不负责任。

赠与人迟延履行,

受赠与人有权请求赠与人继续履行(《合同法》第 1

0

7条以下)。赠与人

没有过失或仅为一般过失时可否免责,法无明文规定,可准用《合同法》第 1

8

9条的规定,得出

肯定的结论。至于能否请求赠与人承担迟延赔偿责任,

法无明文规定,

可借鉴中国台湾“民法”

第 4

0

9条第 2项的规定,

采取否定的态度,

以减轻赠与人的负担。

赠与人不完全履行,

分为量的不完全履行和质的不完全履行。量的不完全履行,

主要是减

少了赠与物的数量,赠与人对此是否负责,同样宜准用《合同法》第 1

8

9条的规定,赠与人仅对

其故意或重大过失负责。质的不完全履行,

属于瑕疵担保问题,

鉴于本书作者坚持认为物的瑕

疵担保责任系相对独立于违约责任的制度,

且其相关内容较多,

故专列题目讨论。

三、

瑕疵担保责任

法律一般不要求赠与人承担瑕疵担保责任,

但《合同法》同时规定有如下两种例外:(1)在

附义务赠与中,

赠与物有瑕疵的,

赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的瑕疵担保责任

(第 1

9

1条第 1款)。(2)赠与人故意不告知赠与物的瑕疵或保证赠与物无瑕疵,造成受赠人损

失的,

应当承担损害赔偿责任(第 1

9

1条第 2款)。所谓故意不告知赠与物的瑕疵,

是指赠与人

自合同订立时起到合同履行时止了解到了赠与物的瑕疵,但未告知不知情的受赠人。所谓保

证赠与物无瑕疵,

一般是指保证赠与物普通的无瑕疵状态,

而非保证其具有特种品质。所谓造

成赠与人损失,

是指受赠人因相信赠与物无瑕疵所产生的损失,解释上认为这属于信赖利益的

损失,

不包括赠与物完全无瑕疵时所应得的利益的损失。因此,对于下列损失,赠与人应予以

赔偿:

因赠与人不告知赠与物为他人之物,受赠人对于他人的权利主张,提起确认之诉所需的

诉讼费用;

受赠人丧失取得同类物的机会所遭受的损失;相信赠与物没有瑕疵,对赠与物进行

改善或进行利用,

因赠与物的瑕疵使该物归于无用时所遭受的损失。

〔9〕

第三节　赠与合同的终止

赠与合同为单务合同,

原则上仅赠与人一方负有合同义务,

故而该类合同的终止主要指赠

与人义务的消灭。

一、

赠与的任意撤销

赠与的任意撤销,是指无须具备法定情形,得由赠与人依其意思任意撤销赠与合同的情

形。《合同法》第 1

8

6条第 1款规定:

“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

”但在

〔9〕 史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

6

7年版,

第 1

2

8~1

2

9页。



下列情况下,

赠与人不得任意撤销赠与:(1)具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与

合同或经过公证的赠与合同(《合同法》第 1

8

6条第 2款)。(2)标的物已经交付或已经办理登

记等有关手续,

表明赠与合同已经履行完毕,

不宜再予撤销而使法律秩序人为地发生动荡。不

过,

在部分交付、

部分未交付的情况下,

对未交付部分,

仍可撤销。

二、

赠与的法定撤销

(一)法定撤销概述

法定撤销,

是指具备法定条件时,

允许赠与人或其继承人、

法定代理人行使撤销权,

撤销赠

与合同的情形。赠与合同中赠与人系无偿转让财产,

如出现有悖于其赠与初衷的情形,

应当允

许其在符合特定条件的情况下撤销赠与合同。因此,各国和地区的立法都规定有法定撤销。

它与任意撤销的区别在于,

它需要具备法定的事由,

并且,

只要法定事由具备,

即使赠与系具有

救灾、

扶贫等社会公益、

道德义务的性质的或已经经过公证,也可撤销。依赠与撤销权人的不

同,

法定撤销可以分为赠与人的撤销和赠与人的继承人或法定代理人的撤销两种。

需要注意的是,

此处所谓的撤销不同于《合同法》第 5

4条、

第 5

5条规定的撤销。后者的撤

销对象是存在着欺诈、

胁迫、

重大误解等瑕疵的合同,

而前者则是完全符合有效要件的合同,

就

此说来,

其应与合同解除一致。

(二)赠与人的撤销

依《合同法》第 1

9

2条第 1款的规定,

赠与人可以行使撤销权的情形有三。

1.

受赠人严重侵害赠与人或赠与人的近亲属

构成这一事由,

须具备以下几个要素:(1)须受赠人有侵害行为。赠与人将自己的财产无

偿赠与受赠人,

虽不要求受赠人有所回报,但受赠人若以怨报德,此时仍要求赠与人恪守赠与

义务,

则于理不通。(2)须侵害后果严重。在有些国家立法中,

要求侵害人的行为构成犯罪,

赠

与人方可行使撤销权。我国《合同法》只要求受赠人的行为构成严重侵害即可。但须注意的

是,

赠与人或其近亲属虽然受到了受赠人的严重侵害,但受赠人实施此类行为具有正当防卫、

紧急避险、

无因管理等阻却违法事由的,

仍不可撤销。(3)受侵害的是赠与人或其近亲属。

2.

受赠人对赠与人有扶养义务而不履行

此处所谓的扶养义务,

包括法定扶养义务和约定扶养义务。所谓不履行,

是指受赠人有履

行扶养义务的资力而拒绝履行、

不能履行等情形。如果受赠人穷困潦倒,自顾不暇,一旦履行

扶养义务则不能维持自己生活的，

除受扶养权利人为直系血亲尊亲属或配偶以外，不宜强行令

受赠人履行扶养义务，

即不允许赠与人行使撤销权。

〔

1

0

〕

3.

受赠人不履行赠与合同约定义务

赠与合同附有义务的，

如果受赠人不履行该义务，赠与人可以撤销赠与。此外，在赠与目

的不能实现时，

赠与人也应当享有撤销赠与合同的权利。现行法上就此未设明文规定，当属法

〔

1

0

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(上)，

三民书局 2

0

0

8年版，

第 2

0

8页。

8

2

3　合同法(第六版)

律漏洞。

〔

1

1

〕

赠与人的撤销权,

自知道或应当知道撤销原因之日起 1年内行使(《合同法》第 1

9

2条第 2

款)。该 1年期间为除斥期间。赠与人只能在该期间内行使撤销权,否则,不发生撤销赠与合

同的效果。

撤销权的行使,

赠与合同溯及既往地消灭,受赠人受领赠与物即丧失法律依据,有义务返

还,

赠与人有权请求返还(《合同法》第 1

9

4条)。

(三)赠与人的继承人或监护人的撤销

因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或丧失民事行为能力的,其继承人或

其法定代理人

可以撤销赠与。其构成条件是:

(1)赠与人死亡或丧失民事行为能力。(2)赠与人的死亡或丧

失民事行为能力是由于受赠人的不法行为所致。赠与人死亡的,

撤销权由其继承人行使,

有多

个继承人的,

由继承人共同行使;赠与人丧失民事行为能力的,由其法定代理人行使撤销权

(《合同法》第 1

9

3条第 1款)。赠与人的继承人或法定代理人的撤销权,自知道或应当知道撤

销原因之日起 6个月内行使(《合同法》第 1

9

3条第 2款)。该 6个月期间同样为除斥期间。撤

销权的行使,

赠与合同溯及既往地消灭,受赠人对其受领的赠与物有返还义务,赠与人有权请

求返还(《合同法》第 1

9

4条)。

三、

不再履行赠与义务

(一)界定

所谓不再履行赠与合同,

有的叫做赠与履行之拒绝,是指赠与合同成立之后,赠与人因其

经济状况显著恶化,

严重影响其生产经营或家庭生活的,

可以拒绝履行赠与义务的情形(《合同

法》第 1

9

5条)。不再履行赠与义务的权利,

有学说称为穷困抗辩权,

或称拒绝履行抗辩权。

〔

1

2

〕

(二)构成

1.

须赠与人的经济状况显著恶化。赠与人一般都是在其经济状况允许的情况下为赠与。

赠与人为赠与表示之后,

若突遭巨变,

以至于经济状况急转直下,

无力继续履行赠与义务,

或履

行后将加剧经济状况的恶化,

此时仍要求赠与人继续履行赠与义务,无异雪上加霜,与济危扶

困的道德传统多有不合。因此,

在赠与人的经济状况显著恶化时,

严重影响其生产经营或家庭

生活的,

应该允许赠与人不再履行赠与义务。

至于导致经济状况显著恶化的原因,究竟是因赠与人自我酿成,还是因其他情事所致,均

在所不问。不过,

假如是出于赠与人的恶意,

则不产生不再履行赠与义务的权利。

〔

1

3

〕

2.

赠与人经济状况的恶化,

须已严重影响其生产经营或家庭生活。赠与人只有在经济状

况恶化到已经严重影响其生产经营或家庭生活时,

才可以拒绝履行赠与义务。

3.

经济状况恶化须发生在赠与物财产权移转之前。不再履行赠与义务,性质上为抗辩权

〔

1

1

〕 例如,

赠与的目的是为救助贫困学生上学,

但受赠学生将此款挥霍浪费,

应当允许赠与人撤销赠与合同。再如赠与

的目的是为某人治病,

在该病人死亡时还剩有部分赠款,应当允许赠与人主张目的落空,部分撤销赠与合同,要求

返还剩余款。

〔

1

2

〕刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

0

4页。

〔

1

3

〕中国台湾地区“最高法院”

1

9

5

2年台上字第 4号判例;

刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

0

5~

2

0

6页。

第十七章　赠与合同

9

2

3

的行使。众所周知,

抗辩权于相对人请求履行时行使,所以,不再履行赠与义务这种抗辩权必

须在赠与物财产权移转之前、

受赠人请求履行时行使;赠与物财产权若已移转至受赠人,表明

合同履行已经完毕,

已无履行请求,自然谈不上不再履行赠与义务这种抗辩权的行使。还有,
赠与物财产权虽未移转,

但在受赠人未请求赠与人移转赠与物财产权时,赠与人亦无必要行使

不再履行赠与义务这种抗辩权。

〔

1

4

〕

(三)行使及效力

不再履行赠与义务的权利,

属于抗辩权,只有在赠与人主张时才发生效力,法院不得依职

权援用。这是由其抗辩权的性质所决定的。关于行使的方法,法无限制,在裁判上或裁判外, 均应允许。该抗辩权为延期的抗辩权,

并非灭却的抗辩权,

所以,

一经行使,

只发生暂时不履行

赠与义务而延期给付的效力,

赠与合同依然存续,一旦赠与人的经济状况日后好转,受赠人仍

可请求赠与人履行。

〔

1

5

〕

〔

1

4

〕刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

0

5页。

〔

1

5

〕刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

0

6页。

## 第十八章　借 款 合 同

### 第一节　借款合同概述

一、

借款合同的界定与法律性质

借款合同,

是指借款人向贷款人借款,到期返还借款并支付利息的合同(《合同法》第 1

9

6

条)。其中向对方借款的一方称为借款人,

出借钱款的一方称为贷款人。

借款合同具有如下法律性质:

1.

借款合同的标的物为金钱。借款合同的标的物为金钱。此处的金钱, 又叫货币,应指现

行通用的货币,

假如已不通用的货币,只可作为古币而买卖,不得作为借款合同的标的物。还

有,

黄金虽不失为“金”,

但并非此处所说的金钱,

所以不得作为借款合同的标的物,

可成立借用

等合同。

〔1〕 金钱是可消耗物,即消费物,同时,金钱又是特殊的种类物,不易特定。

2.

借款合同为转移标的物所有权的合同。在借款合同关系中,贷款人要将货币交付给借

用人占有,

借款人取得钱款的占有,

同时意味着取得了所有权,

享有使用、

收益、

处分诸项权能。

即使合同约定不得随意处分所借金钱,而只能用于特定目的,也只是对该所有权设置的限制, 并不否定借款人对所借金钱享有所有权。

3.

借款合同为返还同种类同数量金钱的合同。借款人处分了所借金钱,到期难以再返还

原金钱,

只好返还同种类同数量的金钱,

在有偿借款合同场合尚须支付利息。

4.

借款合同为诺成合同。《合同法》上的借款合同为诺成合同。当然,当事人双方约定所

借金钱作为借款合同的成立要件的,

按照意思自治原则,

应予允许。

5.

借款合同一般为有偿合同。借款合同约定有利息的,为有偿合同;若未约定利息的,为

无偿合同(《合同法》第 1

9

6条以下)。自然人之间的借款合同约定的利率不得违反国家有关限

制借款利率的规定(《合同法》第 2

1

1条)。在相当长的时期里,法律和政策不允许企业之间拆

借资金,

否则,

借款合同无效。如今,

法释[2

0

1

5]1

8号第 1

4条规定,

只有具有下列情形之一的,

人民法院才认定民间借贷合同无效:

(1)套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人,且借款

人事先知道或者应当知道的;

(2)以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷

给借款人牟利,

且借款人事先知道或者应当知道的;(3)出借人事先知道或者应当知道借款人

借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的;

(4)违背社会公序良俗的;(5)其他违反法律、行政法

规效力性强制性规定的。

〔1〕 郑玉波:

《金钱借贷》,

正中书局 1

9

7

6年版,

第 3页;

刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 4

4

7页。

第十八章　借款合同

1

3

3

6.

借款合同为双务合同。贷款人将约定的借款交付给借款人,属于借款合同项下的给付

义务;

借款人到期偿还所借之款,

甚至附加利息,亦为借款合同项下的给付义务,所以,借款合

同属于双务合同。

7.

借款合同应当采用书面形式;

对于自然人之间的借款合同,除非当事人另有约定,也应

当采用书面形式(《合同法》第 1

9

7条第 1款)。

二、

借款合同的种类

《合同法》及有关法律、

法规将借款合同主要分为银行借款合同和民间借款合同。银行借

款合同,

又称为贷款合同或信贷合同,是银行等金融机构作为贷款人,将金钱出借给借款人使

用,

在合同期满后借款人返还借款并支付利息的合同。民间借款合同,

《合同法》称之为自然人

之间的借款合同,

是当事人尤其是贷款人为自然人的借款合同。《合同法》及有关法律、

法规将

银行借款合同作为规制的重点,

本书对借款合同的介绍也限于银行借款合同,

除非另有说明。

第二节　借款合同的效力

一、

贷款人的义务

(一)依约提供借款的义务

借款合同生效后,

贷款人应当依约按时、

按量提供借款,

如果贷款人违约,

造成借款人损失

的,

应当赔偿损失(《合同法》第 2

0

1条第 1款)。借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预

先在本金中扣除的,

借款人得按照实际借款数额返还借款并计算利息(《合同法》第 2

0

0条)。

(二)保密义务

贷款人对于基于借款合同所掌握的借款人的各项商业秘密,

应尽到保密义务。

二、

借款人的义务

(一)借款人按期收取借款的义务

借款人应当按照合同约定的日期、数额收取借款,借款人没有按照约定收取借款的,应该

按照约定的日期和数额支付利息(《合同法》第 2

0

1条第 2款)。

(二)接受贷款人检查、

监督的义务

根据合同约定,

借款人应就贷款的使用情况接受贷款人的检查和监督。为了配合贷款人

的检查、

监督,

借款人应当定期向贷款人提供有关财务会计报表等资料(《合同法》第 2

0

2条)。

(三)借款人按照约定的用途使用借款的义务

借款人应当按照合同约定的用途使用借款。借款人未按照约定的借款用途使用借款的, 贷款人可以停止发放借款、

提前收回借款或解除合同(《合同法》第 2

0

3条)。

(四)借款人按期返还借款及利息的义务

借款人应当按期返还借款。《合同法》第 2

0

6条规定:

“借款人应当按照约定的期限返还借



款。对借款期限没有约定或者约定不明确的,

依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,

借款

人可以随时返还;

贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

”借款人未按照约定的期限返还

借款的,

应当按照约定或国家有关规定支付逾期利息(《合同法》第 2

0

7条)。借款人虽不得逾

期返还借款,

但可以提前返还借款。借款人提前返还借款的,除当事人另有约定的以外,应当

按照实际借款的期间计算利息(《合同法》第 2

0

8条)。

借款人应当按期支付借款利息。《合同法》规定:“借款人应当按照约定的期限支付利息。

对支付利息的期限没有约定或者约定不明确,

依照本法第六十一条的规定仍不能确定,借款期

间不满一年的,

应当在返还借款时支付;

借款期间一年以上的,

应当在每届满一年时支付,

剩余

期间不满一年的,

应当在返还借款时一并支付”(第 2

0

5条)。“办理贷款业务的金融机构贷款

的利率,

应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限确定”(第 2

0

4条)。“自然人之间的

借款合同对支付利息没有约定或约定不明确的,视为不支付利息。自然人之间的借款合同约

定支付利息的,

借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定”(第 2

1

1条)。按照法释

[2

0

1

5]1

8号第 2

6条的规定,

借贷双方约定的利率未超过年利率 2

4%,出借人请求借款人按照

约定的利率支付利息的,

人民法院应予支持(第 1款)。借贷双方约定的利率超过年利率 3

6%,

超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率 3

6%部分的利息的,

人民法院应予支持(第 2款)。按照法释[2

0

1

5]1

8号第 2

8条的规定,借贷双方对前期借款本

息结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证,

如果前期利率没有超过年利率 2

4%,

重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金;超过部分的利息不能计入后期借款

本金。约定的利率超过年利率 2

4%,

当事人主张超过部分的利息不能计入后期借款本金的,

人

民法院应予支持(第 1款)。按前款计算,

借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和,

不能

超过最初借款本金与以最初借款本金为基数,

以年利率 2

4%计算的整个借款期间的利息之和。

出借人请求借款人支付超过部分的,

人民法院不予支持(第 2款)。

## 第三节　借款合同的终止

借款合同可以因不同的原因而终止,主要有如下几种情况:(1)借款合同因

期限届满时双

方履行合同而终止。借款合同期限届满,双方当事人未约定对合同继续展期的,则合同终止, 借款人应依约定将借款及利息返还给贷款人,

借款合同因此而消灭。(2)借款合同因解除而终

止。借款人未按照约定的借款用途使用借款的,贷款人可以解除合同。借款合同因贷款人的

解除而终止。此外,

合同终止的其他原因也适用于借款合同。

第十九章　租 赁 合 同

第一节　租赁合同概述

一、

租赁合同的界定与法律性质

租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益,承租人支付租金的合同(《合同法》第

2

1

2条)。其中,

租赁物,

又称租赁财产,

是租赁合同的标的物;

租金,

是承租人为使用、

收益租赁

物而支付的对价;

将租赁物租出的一方称为出租人;使用租赁物并支付租金的一方称为承租人。

租赁合同具有如下法律性质:

1.

租赁合同是转让财产使用权的合同。租赁合同以承租人使用、

收益租赁物为直接目的,

承租人所取得的、

出租人所移转的,仅仅是对租赁物的使用权和部分收益权,而非租赁物的所

有权。因此它与买卖合同明显不同。这也决定了出租人不一定是租赁物的所有权人,

〔1〕只要

有权将租赁物的使用权、

收益权转让给承租人之人的,

均可作为出租人。这个法律性质也决定

了:

承租人的债权人不得将承租人所租之物作为自己债权的标的物,不得以该物清偿自己的债

权;

承租人陷于破产,

所租之物不得被列入破产财产之内。

2.

租赁合同为双务、

有偿的合同。出租人有义务将租赁物交给出租人占有、使用、部分收

益,

承租人就此得付出租金,

所以,

租赁合同为双务、

有偿的合同。此点使租赁合同与借用合同

区别开来,

因为借用合同虽然也重在对物的占有、使用和收益,但借用人并不因此付出任何代

价,

其表现出无偿性。

3.

租赁合同为诺成合同。出租人和承租人双方的意思表示达成一致, 租赁合同即成立,租

赁物的交付不是合同的成立要件,

所以,

租赁合同为诺成合同。

4.

租赁合同在方式上具有特殊性。《合同法》第 2

1

5条规定:“租赁期限六个月以上的,应

当采用书面形式。当事人未采用书面形式的,视为不定期租赁。

”需要说明的是,

6个月以上租

期的租赁合同虽然没有采取书面形式,

但有确凿的证据证明租赁合同存在的,如双方当事人都

承认存有房屋的租赁合同,

法律没有必要以其违反《合同法》第 2

1

5条的规定为由认定房屋租

赁合同不成立或无效。也就是说,

我们不应当把《合同法》第 2

1

5条关于“租赁期限六个月以上

的,

应当采用书面形式”的规定解释为强制性规定,

而应解释为倡导性规定。

〔1〕 中华民国最高法院 1

9

3

4年上字第 2

1

0

7号判例,中国台湾地区“最高法院”1

9

6

1年台上字第 2

8

4号判例,邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

2

6页。

4

3



5.

继续性合同。租赁合同双方当事人的义务并非一次给付即可完成,合同内容是在一段

时期内继续实现的,

因而属于继续性合同。当事人之间的信赖关系成为租赁合同的重要基础,传统民法据此允许当事人以信赖基础消失为由解除合同。但《合同法》仅明文规定不定期租赁

可由当事人随时解除合同(第 2

3

2条),至于定期租赁是否如此,则无明文规定,在解释上似应

采取否定的见解,

下文将对此进行详细分析。

6.

租赁合同具有非永续性。承租人占有、使用和部分收益租赁物,期限若过长,可能使出

租人的权利实际上被虚置,

有悖于物尽其用的精神。有鉴于此,《合同法》第 2

1

4条规定:租赁

期限不得超过 2

0年。超过 2

0年的,

超过部分无效(第 1款)。租赁期间届满,

当事人可以续订

租赁合同,

但约定的租赁期限自续订之日起不得超过 2

0年(第 2款)。

二、

租赁合同的分类

(一)动产租赁合同、

不动产租赁合同与权利租赁合同

以租赁物的种类、

性质为区分标准,租赁合同可分为动产租赁合同、不动产租赁合同和权

利租赁合同。以动产作为租赁物的租赁合同,叫做动产租赁合同,简称为动产租赁,包括一般

的动产租赁、

动物租赁、

船舶租赁、

汽车租赁等。以不动产作为租赁物的租赁合同,

称为不动产

租赁合同,

简称为不动产租赁,

在我国主要指房屋租赁,

还包括国有土地租赁,

以及其他不动产

租赁。以权利作为租赁物的租赁合同,即为权利租赁合同,简称为权利租赁,如建设用地使用

权租赁合同、

土地承包经营权租赁合同。

这种分类的法律意义在于,

法律、

法规、

部门规章等法律文件对不动产租赁一般有登记、备

案等特殊的要求;

而动产租赁一般没有这些要求。至于权利租赁合同,

首先适用法律、

法规、规

章关于权利租赁的特别规定,

没有特别规定的,

可准用《合同法》关于租赁的规定。这也是有学

说将权利租赁称为准租赁的目的之一。

(二)定期租赁合同与不定期租赁合同

租赁合同以是否有固定期限为区分标准,分为定期租赁合同和不定期租赁合同。定期租

赁合同,

简称为定期租赁,

是指有明确租赁期限的租赁合同。不定期租赁合同,简称为不定期

租赁,

则是指没有明确租赁期限的合同。当事人没有约定明确的租赁期限, 当然属于不定期租

赁合同,

当事人即使约定了明确的租赁期限,但未采取书面形式,只要是该期限在 6 个月以上

的,

仍为不定期租赁合同(《合同法》第 2

1

5条)。还有,

租赁期间届满,

承租人继续使用租赁物,

出租人没有提出异议的,原租赁合同继续有效,但此时租赁期限为不定期(《合同法》第 2

3

6

条)。

这种分类的法律意义在于,

其一,

二者在成立方面存在不同,

已如上述。其二,

二者的法律

效力有所区别,

这将在本章第二节“租赁合同的效力与风险负担”中予以介绍。其三, 二者的终

止事由不同。对于不定期租赁合同,除非法律另有规定,任何一方当事人都可随时终止合同, 只不过出租人应在合理期限之前通知承租人(《合同法》第 2

3

2条后段)。

(三)一般租赁合同与特殊租赁合同

《合同法》第十三章规定的租赁合同,

为常态的、

典型的租赁合同,

即所谓的一般租赁合同,

简称为一般租赁。除此而外的,

特别法设有特殊规范的租赁合同,叫做特殊租赁合同,或称作

特种租赁合同,

也有人称之为特别法上的租赁合同,

简称为特殊租赁。《合同法》第十四章规定

第十九章　租赁合同

5

3

3

的融资租赁合同、

《海商法》规定的航次租船合同(第 9

2~1

0

1条)和船舶租用合同(第 1

2

7条以

下)、

《农村土地承包法》规定的土地承包经营权租赁合同(第 3

2条)、《城市房地产管理法》规

定的房屋租赁合同(第 5

3条以下)、

《城镇国有土地使用权出让何转让暂行条例》规定的土地使

用权租赁合同(第 2

8条以下)等,

均属特殊租赁合同。

这种分类的法律意义在于,

特殊租赁合同,优先适用特别法关于特殊租赁合同的规定,没

有特别规定的部分,

才适用《合同法》第十三章关于租赁合同的规定。

(四)固有租赁合同与融资租赁合同

以租赁目的是否具有融资性作为区分标准,租赁合同可分为固有租赁合同和融资租赁合

同。固有租赁合同,

简称为固有租赁,

就是上文所介绍的那些租赁合同。

〔2〕 融资租赁合同,简

称为融资租赁,

是指出租人根据承租人对出卖人、

租赁物的选择,

向出卖人购买租赁物,

提供给

承租人使用,

承租人支付租金的合同。《合同法》专设第十四章对它详加规定, 承认它是一种独

立的有名合同,

优先适用这些规定。本书也专设第十九章对它予以讨论,

此处不赘述。

(五)非营业租赁合同与营业租赁合同

以租赁是否以营业为目的作为区分标准,租赁合同可分为非营业租赁和营业租赁。前者

即《合同法》第十三章规定的租赁合同,简称为非营业租赁,后者如企业的租赁经营合同,简称

为营业租赁。

〔3〕

这种分类的法律意义在于,

非营业租赁合同,

属于典型的民商合同,

而营业租赁合同,则具

有多种属性;

在法律适用上,

营业租赁合同优先适用特别法关于营业租赁的规定,没有特别规

定的部分,

才适用《合同法》第十三章关于租赁合同的规定。

三、

租赁的三种特性

相对于一般债的属性,

租赁合同及租赁权具有独特的性质,主要有租赁的人格性、租赁权

的物权化、

租赁权的社会化。

(一)租赁的人格性

承租人较为长期地占有、

使用和部分收益租赁物,其人格的良窳,直接关系着能否尽责地

保管租赁物、

符合性能地使用租赁物、届期返还租赁物。租赁的人格性,不仅是本着继续性关

系的要求而来,

更源自租赁本身的特性。(1)在租赁的成立上,承租人的资格在交易上视为重

要的条件,

出租人对承租人的人格属性有斟酌之权。(2)租赁债权具有人格性,出租人不得任

意变更,

所以,

租赁权的让与、

转租和转借的限制,

成为租赁效力上的重要课题。

〔4〕

(二)租赁权的物权化

租赁权,

有广义和狭义之分。广义的租赁权,

包括租赁物交付请求权和租赁物用益权。所

谓租赁物交付请求权,

是承租人基于租赁合同请求出租人将租赁物交付给自己的权利。其性

质为一般的债权,

民法关于债权的规定对其均有适用的余地。所谓租赁物用益权,

是指对租赁

〔2〕林诚二:

《民法债编各论》(上),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,

第 2

4

0页。

〔3〕1

9

8

8年《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》(1

9

9

0年修订)第 3条规定:

本条例所称租赁经营,是指在不

改变企业的全民所有制性质的条件下,

实行所有权与经营权的分离,国家授权单位为出租方将企业有期限地交给

承租方经营,

承租方向出租方交付租金并依照合同规定对企业实行自主经营的方式。

〔4〕邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

2

8页。

6

3



物占有、

使用和部分收益的权利。它就是人们通常所说的租赁权,

也称狭义的租赁权。以下所

述租赁权,

如未特别说明,

即为此种狭义的租赁权。所谓租赁权的物权化,指的就是狭义的租

赁权的物权化。

〔5〕关于租赁权的法律性质,见解不同,有形成权说、纯粹的债权说、物权说、租

赁权的物权化说。

由于《合同法》第 2

2

9条关于“租赁物在租赁期间发生所有权变动的,

不影响租赁合同的效

力”的规定,

赋予了租赁权对抗的效力,

〔6〕可以说,《合同法》采纳了租赁权的物权化的学说。

当然,

《合同法》第 2

2

9条的规定将动产租赁权也物权化了,这影响了动产的正常流转,对承租

人的保护过多,

有失权衡。

(三)租赁权的社会化

所谓租赁权的社会化,

是指借合同正义抑制合同自由的滥用,以保护承租人的合法权益, 实现出租人和承租人在租赁关系上的实质平等,表现为租金限制、担保限制、租赁合同终止的

限制、

承租人的优先购买权等。

〔7〕

以上所述三种特性中,

人格性系基于租赁合同目的而当然具有的人格斟酌的因素,

至于物

权化、

社会化,

则非租赁所当然具有的属性,

而是社会发展的结果。此其一。租赁的人格性、物

权化、

社会化均系表征于承租人的层面,

是通过观察承租人的权利内容所得出的概括。至于保

护对象,

人格性侧重于对出租人利益的保护,物权化和社会化则侧重于对承租人利益的保护。

此其二。这三种特性相抵触的,解释上以人格性为优先考虑,其次为物权化,最后为社会化。

此其三。

〔8〕

第二节　租赁合同的效力

一、

出租人的义务

(一)交付租赁物并使租赁物适于使用、

收益的义务

1.

依约定交付租赁物的义务

所谓依约定交付租赁物,

是指出租人依照合同的约定,将租赁物转移给承租人占有,且符

合约定的使用、

收益的目的(《合同法》第 2

1

6条)。租赁合同成立前,

租赁物已由承租人直接占

有的,

合同成立之时即为交付之时(《物权法》第 2

5条);承租人自此即可直接使用、收益租赁

物。租赁合同成立时承租人尚未占有租赁物的,出租人应将租赁物的占有移转于承租人。租

赁物有从物的,

出租人在交付租赁物时,从物也应同时交付,除非当事人另有约定或法律另有

规定。出租人交付租赁物之后,

在租赁存续期间内不得任意收回。

〔5〕 邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

4

5页。

〔6〕 有学说将买卖不破租赁和租赁权的对抗力等同,

本书从之。参见[日]星野英一:《日本民法概论》,姚荣涛译,刘玉

中校订,

五南图书出版有限公司 1

9

9

8年版,

第 1

9

9页。

〔7〕 邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

2

9页。

〔8〕 邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

2

9~2

3

0页。

第十九章　租赁合同

7

3

3

在此需要特别提出的是,

法释[2

0

0

9]1

1号第 6条规定:

“出租人就同一房屋订立数份租赁

合同,

在合同均有效的情况下,

承租人均主张履行合同的,人民法院按照下列顺序确定履行合

同的承租人:

(一)已经合法占有租赁房屋的;

(二)已经办理登记备案手续的;(三)合同成立在

先的”(第 1款)。“不能取得租赁房屋的承租人请求解除合同、

赔偿损失的,

依照合同法的有关

规定处理”(第 2款)。

2.

保持租赁物适合于约定的使用、

收益的状态

租赁合同为继续性合同,

承租人在租赁合同存续期间,继续地使用、收益租赁物,因此,出

租人将适合于约定的使用、

收益状态的租赁物交付于承租人之后,不仅必须消极地容忍和不妨

碍承租人使用、

收益,

而且还必须积极地于租赁存续期间保持租赁物适合于承租人使用、

收益,

使承租人对租赁物可以圆满地使用、

收益(《合同法》第 2

1

6条等)。所谓保持其适合于约定的

使用、

收益的状态,

包括在租赁关系存续期间,租赁物若被毁损,出租人应负责维修,以恢复承

租人的使用、

收益(《合同法》第 2

2

0条等);

租赁物若被第三人不法侵占、侵害、污染等,致使承

租人无法正常地 为 使 用、收 益 的,出 租 人 负 有 排 除 妨 害 的 义 务 (《物 权 法》第 3

5条、第 2

4

5

条)。

〔9〕

承租人占有、

使用、

收益租赁物,

为租赁的特征所在。承租人目的的实现,

有赖于出租人依

约交付租赁物,

并随时保持其适合于约定的使用、

收益状态。

〔

1

0

〕这表明出租人的这项义务为主

给付义务,

与承租人支付租金的义务处于对价关系,同时履行抗辩权或先履行抗辩权有被应用

的余地。

〔

1

1

〕

(二)租赁物的维修义务

1.

维修义务的概念

由上述出租人负有保持租赁物适于使用、

收益状态的义务决定,

在租赁物存有瑕疵或被损

毁的情况下,

出租人承担维修义务,

但当事人另有约定的除外(《合同法》第 2

2

0条)。此处所谓

的维修义务,

有些立法例上称作修缮义务,

是指租赁物毁损,

致不适合于约定的使用、

收益的状

态时,

出租人应予修复的义务。

〔

1

2

〕

维修义务,

是保持租赁物适合于使用收益状态的一种具体方式;从另一方面讲,也是出租

人的一项权利。因为作为租赁物的所有权人或他物权人,

当然有权利对其物加以保存。因此,

承租人对出租人维修租赁物的行为,不得拒绝或妨碍,应予主动配合。例如,出租人为维修出

租的房屋,

需要进入承租人租住的卧室,

搬动其家具,

承租人不得拒绝。

〔

1

3

〕

2.

维修义务的构成要件

维修义务的构成需要具备如下要件:

〔9〕 刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

4

2页;

[德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国债法分论》,杜景林、

卢谌译,

法律出版社 2

0

0

7年版,

第 1

6

9页。

〔

1

0

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

3

1页。

〔

1

1

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

3

2页;林诚二:《民法债编各论》

(上),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,

第 2

5

0页;

刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

4

3页。

〔

1

2

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

4

3~2

4

4页。

〔

1

3

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

3

3页;刘春堂:《民法债编各论》

(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

4

4页。



(1)限于租赁物本身的瑕疵。出租人仅对租赁物本身的瑕疵负有维修的义务, 对承租人增

添于租赁物的瑕疵自无维修之理。

〔

1

4

〕这种见解符合自己责任的思想,值得肯定。

(2)须租赁物有维修的必要(《合同法》第 2

2

1条前段)。所谓租赁物需要维修,有学说称

作租赁物有维修的必要,

是指租赁物发生毁损等情事,

如不维修,

就不符合约定的使用、

收益的

状态,

致使承租人对租赁物不能为使用、

收益或不能圆满地为使用、

收益。例如,

出租的房屋因

时日长久,

遇雨渗漏,

承租人无法继续居住,或出租的自行车车闸损坏等均属此类。需要注意

的是,

是否有维修的必要,

不得简单地依租赁物毁损的情形加以决定,尚需考虑当事人约定的

使用、收益的目的,按照社会上的一般观念而客观地斟酌确定。例如,租用房屋,注重门窗外

观,

借装修的美轮美奂来吸引顾客。则一旦门窗的油漆略有脱落,

便属有维修的必要。

〔

1

5

〕

(3)须租赁物有维修的可能。租赁物有维修的必要,然若已无维修的可能

时,自不得强人

所难,

可以寻求其他救济途径。例如,

租赁物为房屋而房屋被大火烧塌,

除非重建,

仅靠维修无

法继续供人居住的,

即为无维修的可能。于此场合,

承租人不得请求出租人履行维修义务。需

要指出的是,

维修是否可能,

不能仅以物理上或技术上是否可能作为判断标准,应以社会一般

观念或经济上的意义加以决定。因此,事实上不能维修;虽能维修,但维修已不能使租赁物恢

复至符合约定的使用、

收益的状态;

虽能维修,

但维修本身耗费过巨,

而其效果显然不足弥补维

修费;

维修无异于新造或重大改造等,

均可解释为维修不能。

〔

1

6

]

(4)当事人无相反的约定。当事人对租赁物毁损时承担维修义务的主体有相反约定的, 应

当依其约定(《合同法》第 2

2

0条)。当事人约定在某些情况下由承租人负责维修租赁物,若不

违反公平正义,

也有益处。因为承租人直接占有租赁物,由其在力所能及的范围内维修租赁

物,

既可省去通知手续,

节省时间,

也会免去互相推诿的麻烦。

3.

维修义务的不履行及其后果

(1)租赁物交付时或此前即不适合于约定的使用、

收益的状态

由于出租人有义务保持租赁物适合于约定的使用、

收益的状态,

租赁物交付时或此前即不

适合于约定的使用、

收益的状态的,

构成不完全履行。于此场合,

承租人可予催告,

确定合理的

期限请求出租人维修(《合同法》第 2

2

1条前段);

出租人若于该期限届满仍未消除瑕疵的,

同时

构成迟延履行,按照《合同法》第 2

2

1条中段和后段的规定,承租人可以自行维修,维修费用由

出租人负担;

因维修租赁物影响承租人使用的,

应当相应地减少租金或延长租期。在这里,

《合

同法》虽未明确规定承租人有请求损害赔偿、解除合同的权利,但按照特别法和普通法在适用

方面的关系规则,

承租人完全有权援用《合同法》第 1

0

7条以下请求出租人承担违约责任,

有权

〔

1

4

〕中国台湾地区“最高法院”

1

9

7

4年台上字第 9

9号判例;邱聪智:《新订债法各论》(上),姚志明校订,中国人民大学

出版社 2

0

0

6年版,

第 2

3

5页;

林诚二:

《民法债编各论》(上),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,

第 2

5

1页。

〔

1

5

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

3

3~2

3

4页;

刘春堂:

《民法债编各

论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

4

4~2

4

5页。

〔

1

6

〕史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 1

5

8~1

5

9页;郑玉波:《民法债编各论》(上),三

民书局 1

9

8

1年版,

第 1

9

0页;

王家福主编:《中国民法学·民法债权》,孙宪忠执笔,法律出版社 1

9

9

1年版,第 6

5

2

页;郭明瑞、

王轶:

《合同法新论·分则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

7年版,

第 1

1

1页;

邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

3

4页;

林诚二:

《民法债编各论》(上),中国人民大学出版社 2

0

0

7

年版,

第 2

5

1页;

刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

4

4~2

4

5页;[德]迪特尔·梅迪库斯:《德

国债法分论》,

杜景林、

卢谌译,

法律出版社 2

0

0

7年版,

第 1

6

9页。

第十九章　租赁合同

9

3

3

援用《合同法》第 9

4条第 3项或第 4项主张解除合同。

有学说认为,

租赁合同场合的交付,

与买卖合同场合的交付具有相同的意义,

〔

1

7

〕承租人对

于出租人交付的租赁物也有验收的权利和义务。承租人通过验收发现了租赁物存在着瑕疵, 提出异议,

主张权利,

其法律后果已如上述。承租人若没有发现租赁物的瑕疵,其法律后果如

何?一般认为,

在出租人不知其租赁物存有瑕疵的情况下,承租人怠于验收,或虽经验收却怠

于提出异议的,

均应承受不利的后果,即维修义务应视为尚未届期,出租人不承担债务不履行

的后果。不过,

应有例外,

按照《合同法》第 2

3

3条的规定,

租赁物危及承租人的安全或健康的,

承租人即使于订立合同时明知该租赁物质量不合格,

也可随时解除合同。

(2)租赁物交付后不履行维修义务

其一,

承租人的通知、

催告。租赁合同存续期间,

租赁物需要维修时,

承租人可以要求出租

人在合理期限内维修(《合同法》第 2

2

1条前段)。此处所谓的要求,含有承租人通知出租人租

赁物存有瑕疵,

催告出租人在合理期限内维修之意。承租人不为通知,

出租人难以知晓租赁物

存在瑕疵,需要维修,所以,通知为承租人的义务。催告,既是承租人的权利(催告权),也是其

义务。因为分析《合同法》第 2

2

1条中段关于“出租人未履行维修义务的,承租人可以自行维

修,

维修费用由出租人负担”的规定,可知承租人如未催告,承租人的自行维修权尚不发生,因

为出租人未履行维修义务,

成立于出租人在催告约定的合理期限届满时没有维修,出租人未予

催告,

在许多情况下难谓合理期限届满,也就谈不上出租人未履行维修义务。由此决定,催告

也有义务的属性。催告为意思通知,

性质上为准法律行为,

准用法律行为的有关规定。

〔

1

8

〕

其二,

承租人的自行维修权、

解除权。出租人在催告确定的合理期限内没有维修,

构成不履行

维修义务,

承租人可以自行维修,

维修费用由出租人负担(《合同法》第 2

2

1条中段)。该自行维修

权以出租人不履行维修义务为成立要件,

承租人不得未经催告而径直维修租赁物，

因为出租人对

租赁物最为了解，

其维修最符合租赁物的性能和用途，

至少在理论上是这样假定的。此其一。出

租人不履行维修义务，

任凭租赁物部分或全部毁损、

灭失，

致使承租人不能实现合同目的的，

承租

人可援用《合同法》第 2

3

1条后段的规定，

解除租赁合同。出租人不履行维修义务，

任凭危及承租

人的安全或健康的，

承租人可援用《合同法》第 2

3

3条的规定，

解除租赁合同。此其二。

其三，

承租人请求减少租金或延长租期。《合同法》第 2

2

1条后段规定:“因维修租赁物影

响承租人使用的,

应当相应减少租金或者延长租期。

”举轻以明重,出租人不履行维修义务,承

租人更有权请求相应地减少租金或延长租期。

其四,

承租人的先履行抗辩权。出租人的修缮租赁物的义务与承租人支付租金的义务,似

乎不存在对价关系,

但是,

就租赁物使用收益的减少额而言,这种减少的给付与相应租金之间

构成同时履行关系,

出租人不履行维修义务,

导致租赁物使用、

收益的减少,

承租人可以援用同

时履行抗辩权,

拒付租金。不过,

租金先到期而未支付,

出租人维修义务的履行期在后的,出租

〔

1

7

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

3

2页。

〔

1

8

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

3

5页;刘春堂:《民法债编各论》

(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

4

7页。



人可援用同时履行抗辩权。

〔

1

9

〕这种观点确有道理,值得借鉴,只是同时履行抗辩权大多需要改

为先履行抗辩权。

(三)出租人的瑕疵担保责任

租赁合同为双务、有偿的合同,所以原则上可准用《合同法》第 1

5

0条、第 1

5

1条、第 1

5

5

条、

第 1

5

7条、

第 1

5

8条关于买卖瑕疵担保责任的规定,

当然其也有自己的特殊性。

1.

权利瑕疵担保

此处所谓权利瑕疵担保,

是指出租人应担保第三人就租赁物不得对承租人主张足以妨害

其使用、

收益的权利。其应予注意的有如下几点:

(1)第三人主张的权利,

可有所有权、用益物权、担保物权。需要强调的是,第三人主张权

利,

必须是足以部分或全部妨害承租人使用、

收益租赁物时,

才成立权利瑕疵担保。例如,第三

人就租赁物主张所有权,

但该所有权若系在租赁合同成立后由该第三人取得的,

按照《合同法》

第 2

2

9条的规定,

排斥不了承租人的租赁权,

不影响承租人对租赁物的使用、

收益,便不成立权
利瑕疵担保。与此不同的是,
出租人擅自将第三人所有的房屋出租,
该第三人主张其房屋所有
权,
承租人就无权对抗,
此时应当成立权利瑕疵担保。再如,
第三人就租赁物主张用益物权,有
学说认为,
虽然该用益物权成立于租赁合同之后,
但也妨害了承租人使用、
收益租赁物,
〔
2
0
〕
因此
应成立权利瑕疵担保。又如,
第三人就租赁物成立、行使担保物权的,如质权、留置权,需要移
转占有,
显然妨害了承租人使用、
收益租赁物,
应成立瑕疵担保责任。至于抵押权,
其成立不需

要移转占有,

其行使的结果是受让人继受取得抵押物的所有权,承租人使用、收益租赁物不会

因此受到妨害,

故不成立瑕疵担保责任。不过,抵押权设立后抵押财产出租的,依据《物权法》

第 1

9

0条后段的规定,

该租赁关系不得对抗已登记的抵押权,承租人使用、收益租赁物受到妨

害的,

应成立权利瑕疵担保责任。

(2)第三人就租赁物主张权利,妨害承租人使用、收益租赁物的,有的是全部不能使用、收

益,

有的是部分不能使用、

收益,

在法律后果上应予区分。全部不能的,承租人可不支付租金;

部分不能的,

承租人可少支付租金(《合同法》第 2

2

8条第 1款)。

(3)第三人对租赁物的权利,

发生于何时,

存在着不同的意见。多数说认为,

第三人主张的

权利必须发生于租赁物交付前,

如于租赁物交付后才发生的,纵为所有权或其他权利,承租人

可援用买卖不破租赁的规定,

租赁权从而不受影响,

也不存在权利瑕疵担保的问题。

〔

2

1

〕少数说

〔

1

9

〕《大判》

1

9

1

5年 1

2月 1

1日“民录”2

0

5

8页(因洪水而水车不能使用,判定其后可以拒付租金),《大判》1

9

2

1年 9月

2

6日“民录”1

6

2

7页“判民”1

3

5我妻案件(租屋因遭水灾重创而不能使用,判定可以拒绝预付租金)。转引自[日]

星野英一:

《日本民法概论IV·契约》,姚荣涛译,刘玉中校订,五南图书出版有限公司1

9

9

8年版,第 4

0页;史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,第 1

6

0页;龙显铭:《现行法上租赁之研究》,第 7

4页;郑玉

波:

《民法债编各论》(上),

三民书局 1

9

8

1年第 7版,

第 1

9

2页;

邱聪智:

《新订债法各论》(上),姚志明校订,中国人

民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

3

6页;

林诚二:

《民法债编各论》(上),中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,第 2

5

4页;刘

春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

4

8页。

〔

2

0

〕[德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国债法分论》,

杜景林、

卢谌译,

法律出版社 2

0

0

7年版,

第 1

7

0页。

〔

2

1

〕史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 1

6

3页;

郑玉波:

《民法债编各论》(上),

三民书局

1

9

8

1年第 7版,

第 1

9

3页;

林诚二:

《民法债编各论》(上),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,

第 2

5

5页;

刘春堂:

《民法

债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

4

9页;

郭明瑞、

王轶:

《合同法新论·分则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

7年

版,

第 1

0

8页;

柴振国、

何秉群等:

《合同法研究》,

警官教育出版社 1

9

9

9年版,

第 4

3

2~4

3

3页;谢怀緫等:《合同法原

理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 3

8

2页。

第十九章　租赁合同

1

4

3

主张,

第三人就租赁物主张的权利,

发生于租赁关系存续期间的,

也成立权利瑕疵担保责任。

〔

2

2

〕

竞合说阐明,

租赁合同成立后,

租赁物如有权利瑕疵,

而可归责于出租人的,

出租人应负债务不

履行责任(违约责任),

于此场合,发生权利瑕疵担保责任和债务不履行责任(违约责任)的竞

合。

〔

2

3

〕 本书认为,竞合说不违反《合同法》第 1

0

7条、

第 1

1

1条、

第 2

2

8条的规定,

在权利瑕疵担

保和违约责任两项制度在成立要件和救济方式方面存在着差异的背景下,允许承租人选择行

使,

于其有利。所以,

竞合说值得赞同。

(4)《合同法》第 1

5

1条规定,

买受人订立合同时知道或应当知道第三人对买卖标的物享有

权利的,

出卖人不承担权利瑕疵担保责任。《合同法》在租赁合同中未设相应的规定, 亦无禁止

或相反的条文,

应准用第 1

5

1条的规定,承租人知道或应当知道第三人就租赁物享有所有权、

用益物权或担保物权,

将会影响其使用、

收益租赁物,

却依然订立租赁合同的,

视为自愿承担第

三人届时就租赁物主张权利的风险,

出租人不承担权利瑕疵担保责任。

(5)第三人就租赁物主张权利的,承租人应当及时通知出租人(《合同法》第 2

2

8条第 2

款),

但出租人已经知晓的,

不在此限。承租人需要就出租人知晓负证明责任。该通知义务为

附随义务,

承租人没有及时通知,致使出租人不能及时救济,遭受损失的,承租人应负赔偿责

任,

因为对附随义务的违反可成立损害赔偿责任。不过,该项赔偿责任的范围,限于出租人未

能及时就第三人主张权利而采取必要的救济措施而造成的损失,不得包括所谓承租人违反了

租赁合同而依约产生的违约金。承租人没有及时通知,

属于违反附随义务,

原则上不产生解除

权。不过,

出租人因此而遭受重大损失或使出租目的落空时,仍可援用《合同法》第 9

4条第 4

项的规定,

解除租赁合同。

(6)法律关于权利瑕疵担保的规定,并非强制性规定,当事人可以通过约定加以排除。当

事人约定免除或限制出租人的权利瑕疵担保责任的,在出租人故意不告知权利瑕疵的情况下, 该约定无效。

〔

2

4

〕中国大陆有学者认为,出租人重大过失地未告知权利瑕疵时,该约定亦无

效。

〔

2

5

〕这与中国大陆《合同法》第 1

5

0条的规定相一致,

应予赞同。

(7)关于权利瑕疵担保的效力,

《合同法》第 1

5

0条未作具体规定,第 2

2

8条第 1款虽有规

定，

但仅就其文义观察，

尚不完整。从买卖合同、

租赁合同、

权利瑕疵担保制度的目的和功能来

看，

首先应是请求出卖人／

出租人除去第三人的权利主张。如果将《合同法》第 2

2

8条第 1款关

于“因第三人主张权利，

致使承租人不能对租赁物使用、

收益的，

承租人可以要求减少租金或者

不支付租金”的规定，

解释为出租人无法除去第三人的权利主张，

致使“承租人不能对租赁物使

用、

收益的”成为终局的状态，

承租人才“可以要求减少租金或者不支付租金”；

如果出租人能够

除去第三人的权利主张，

承租人能够继续使用、

收益租赁物的，

承租人就不得不支付租金,

甚至

不得减少租金,

那么,

可以说《合同法》第 2

2

8条第 1款就暗含着请求出租人除去第三人的权利

〔

2

2

〕 梅仲协:

《民法要义》(第 8版),

台北 1

9

6

3年修订,

第 2

7

1页。

〔

2

3

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(上),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

3

7页。

〔

2

4

〕 史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 1

6

3页;

郑玉波:

《民法债编各论》(上),

三民书局

1

9

8

1年第 7版,

第 1

9

3页;

林诚二:

《民法债编各论》(上),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,

第 2

5

5页;

刘春堂:

《民法

债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

4

9页。

〔

2

5

〕郭明瑞、

王轶:

《合同法新论·分则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

7年版,第 1

0

9页;谢怀総等:《合同法原理》,法律出

版社 2

0

0

0年版,

第 3

8

2页。

2

4

3 合同法(第六版)

主张。

虽经出租人请求第三人除去权利主张,但未能奏效,出租人终局地不能对租赁物使用、收

益,

若就租赁物的全部不能为约定的使用、

收益的,

承租人可以不支付租金;

若就租赁物的部分

不能为约定的使用、

收益的,

承租人可以减少租金(《合同法》第 2

2

8条第 1款)。

减少租金或不支付租金,

承租人仍然有损失的,因出租人未能请求第三人除去权利主张,

构成出租人违约,

成立违约责任,

承租人可以援用《合同法》第 1

0

7条、

第 1

1

2条等规定,

请求出

租人赔偿损失;

同时可援用《合同法》第 9

4条第 4项的规定,

解除租赁合同。

于此场合,

租赁合同约定有违约金的,承租人可就违约金和损害赔偿选择其一而主张;若

违约金为惩罚性的,

承租人可一并请求出租人承担。

当然,

承租人也可以不援用《合同法》第 2

2

8条第 1款的规定,不主张减少租金或支付租

金,

将因此所受损失作为出租人不能请求第三人除去权利主张肇致损失的一部分,一并请求出

租人负责赔偿。不过,

先行支付租金,再请求出租人承担损害赔偿责任,可能面临着出租人无

力赔偿的风险。

2.

物的瑕疵担保

出租人所负物的瑕疵担保,

是指应担保所交付的租赁物能为承租人依约使用、收益,若不

能为依约使用、

收益,

出租人得容忍承租人解除合同或减少租金或不支付租金。总的来讲,它

与出卖人所负物的瑕疵担保责任相当,

同时也有特殊之处,

兹介绍如下:

(1)瑕疵发生时间的限制方面:

买卖合同的场合,标的物的瑕疵须于风险转于买受人时业

已存在,

而风险转移以交付标的物时为准,

除非法律另有规定或当事人另有约定(《合同法》第

1

4

2条)。租赁合同的场合,

租赁物交付后产生的瑕疵,

也属于物的瑕疵担保范畴(《合同法》第

2

3

1条、

第 2

3

3条)。这是由租赁合同的继续性所决定的。

(2)救济方式方面:

租赁场合物的瑕疵担保,

其救济方式有:

减少租金或不支付租金;

解除合

同(《合同法》第 2

3

1条),

法律未规定更换,

一般地说,

也不应当有更换,

因为租赁物基本上为不代

替物,

为代替物的比较罕见,

以不代替物作为租赁物的场合,

更换意味着成立了另外一个租赁合

同。

(3)《合同法》第 2

3

3条规定,

租赁物危及承租人的安全或健康的,即使承租人订立合同时

明知该租赁物质量不合格,

承租人仍然可以随时解除合同。学说称之为租赁的特别终止权(解

除权),

这是法律综合考虑了租赁合同的继续性、

承租目的和伦理等因素所特别赋予的。

(4)租赁物有瑕疵,

出租人负有维修义务,

承租人可以请求维修。此项维修请求权,

与因瑕

疵担保责任而生的请求权并存,

形成竞合。

(四)费用偿还义务

这里所谓的费用,

是指承租人为维持租赁物、

增加租赁物的价值而支出的金钱、

实物,主要

包括有必要费用、

有益费用和奢侈费用三种。这些费用由谁负担,《合同法》基本上未作规定, 仅仅在承租人自行维修租赁物所生费用的问题上有所涉及。法释[2

0

0

9]1

1号虽设有较为详细

的规定,

但有些未必是“承租人为维持租赁物、

增加租赁物的价值而支付的金钱、

实物”,

很可能

是为自己的舒适或审美观而实施的装饰装修,

乃至扩建,

有些内容放在此处说明不太合适。有

鉴于此,

需要借鉴境外的立法例及其学说,并结合中国的实际情况,遵循惯常的理念,提出方

案。

第十九章　租赁合同

3

4

3

1.

奢侈费用原则上不予偿还

奢侈费用,

显然不是为维持租赁物所必须支付的费用,

即使是为增加租赁物的价值所做的

花销,

也超出了合理的范围。既然如此,除非已经约定由出租人偿还,且该约定出自出租人的

内心,

承租人无权请求出租人偿还奢侈费用。

2.

必要费用的偿还义务

所谓必要费用,

是指为维持租赁物处于正常的使用、

收益状态所不可或缺的费用。在个案

中可表现为保管费、

维修费、

饲养费、清扫费、大楼的管理费等。其负担规则是,当事人有约定

时,

依其约定;

没有约定的,

按照习惯;

没有习惯的,

应以下列标准确定:

(1)承租人支出的费用,

系为保存租赁物所不可或缺的,

本为出租人的利益,

应由出租人负担,

承租人有权请求其偿还,

如租赁物的定期检验费、

保管费的负担,即应如此。(2)承租人支出的费用,系其使用、收益租

赁物所必不可少的,

乃专为其自身利益的,

应自己负担,

不得请求出租人偿还。例如,

租赁汽车

场合,

承租人定时洗车,

为停放于露天的汽车苫布等;租赁住房场合,承租人擦拭窗户等,所生

费用由自己承受。(3)承租人因使用、收益租赁物所支出的必要费用,同时包括保存租赁物的

必要费用,

根据情况确定负担人。例如,

租赁物为动物场合,

支出的饲养费,

相当多的立法例及

其学说坚持应由承租人负担。

〔

2

6

〕中国法亦应如此。而承租人经催告出租人不履行维修义务

的,

承租人自行维修,其费用则由出租人负担(《合同法》第 2

2

1条中段)。承租人先支出费用

的,

有权请求出租人偿还。

必要费用的偿还期间,

当事人有约定的,

从其约定;

无约定的,

按照交易习惯;

均没有的,承

租人可随时请求,

但应当给出租人必要的准备时间。

3.

有益费用的偿还

所谓有益费用,

是指非为保存租赁物所不可或缺的费用,

但其支出增加了租赁物的价值的

费用。在涉及有益费用的各项制度里,

现行法均无明文规定其负担主体,

因此只好借鉴境外的

规则及学说,

结合实际情况予以确定。

有学说认为,承租人请求出租人偿还有益费用,必须具备如下要件:(1)须为有益费用,通

常为改良租赁物所支出的费用,

如对租赁房屋所支出的粉刷、放热的费用。(2)须因此增加了

租赁物的价值。增值与否,

在租赁合同终止时加以判断。(3)须出租人知晓此情而不为反对的

表示。此处所谓反对,

属于意思通知,必须足以表明有反对支出有益费用的意思。沉默,不看

作反对,

而视为同意。

〔

2

7

〕这符合事理,值得赞同。

有益费用偿还的时间,

为租赁合同终止时。偿还的数额,

以租赁合同终止时现存的增值为限。

现存增值额少于支出的费用额的,

仅偿还现存的增值额即可;

现存的增值额等于支出的费用额的,

〔

2

6

〕史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 1

6

7页;

郑玉波:

《民法债编各论》(上),

三民书局

1

9

8

1年第 7版,

第 1

9

7页;

邱聪智:

《新订债法各论》,

姚志明校订,中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

4

3页;刘春

堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

5

4~2

5

5页。

〔

2

7

〕 史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 1

6

6页;

郑玉波:

《民法债编各论》(上),

三民书局

1

9

8

1年第 7版,

第 1

9

7～1

9

8页;

邱聪智:

《新订债法各论》,

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

4

1页;

林诚二:

《民法债编各论》(上),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,第 2

5

8页;刘春堂:《民法债编各论》(上),三民书

局 2

0

0

8年版,

第 2

5

5~2

5

6页。

4

4



应偿还支出费用额的全部;

现存的增值额多于支出的费用额的,

也只偿还支出的费用额。

〔

2

8

〕

有立法例及其学说认为,

承租人所支出的有益费用,若系就租赁物增设工作物,如添置纱

窗等,

虽已具备上述偿还有益费用的要件,

但不拟请求偿还;

或因欠缺上述要件,

无从请求出租

人偿还有益费用;

或虽已向出租人请求偿还有益费用,但未获得清偿时,承租人可以取回该工

作物。承租人行使该工作物取回权时,

负恢复租赁物原状的义务。需要注意的是,

在承租人不

取回工作物就会妨碍租赁物的使用、

收益的场合,

取回工作物又成为了承租人的义务。至于工

作物取回权和有益费用偿还请求权,

承租人可以择一而行使。

〔

2

9

〕这确有道理,值得我们借鉴。

关于有益费用的偿还问题,

同样应贯彻当事人有约定时依其约定的原则。

二、

承租人的权利与义务

(一)使用、

收益租赁物

1.

按照约定的方法或租赁物的性质使用租赁物

承租人应当按照约定的方法使用租赁物。对租赁物的使用方法没有约定或约定不明确

的,

可以协议补充;

不能达成补充协议的,

按照合同有关条款或交易习惯确定;

如此仍不能确定

的,

应当按照租赁物的性质使用(《合同法》第 2

1

7条、

第 6

1条)。

2.

保持租赁物的原状

承租人使用、

收益租赁物,

应当尽量保持租赁物的原状,不得改善租赁物或增设他物。当

然,

承租人经出租人同意的除外(《合同法》第 2

2

3条第 1款)。承租人未经出租人同意,

对租赁

物进行改善或增设他物的,

出租人可以要求承租人恢复原状或赔偿损失(《合同法》第 2

2

3条第

2款)。

3.

不当使用时的损害赔偿

承租人按照约定的方法或租赁物的性质使用租赁物,

致使租赁物受到损耗的,

不承担损害

赔偿责任(《合同法》第 2

1

8条)。承租人未按照约定的方法或租赁物的性质使用租赁物,致使

租赁物受到损失的,

出租人可以解除合同并要求赔偿损失(《合同法》第 2

1

9条)。上文所说的

承租人擅自改善租赁物或增设他物,应属严重的不当使用,举轻以明重,更应使出租人享有解

除合同并要求赔偿损失的权利。对此,

法释[2

0

0

9]1

1号第 7条予以明确规定:“承租人擅自变

动房屋建筑主体和承重结构或扩建,

在出租人要求的合理期限内仍不予恢复原状,出租人请求

解除合同并要求赔偿损失的,

人民法院依照合同法第二百一十九条的规定处理”。

4.

承租人代负责任

在承租人共同生活的范围内,

出租人有容忍第三人使用、收益租赁物的义务,尽管此类第

三人与出租人没有合同关系。这就是所谓合同保护第三人的效力。这里所谓第三人,是指与

承租人有一定关系的人,

包括承租人的同居人,以及承租人允许使用、收益的第三人。所谓同

居人,

是指与承租人有共同生活关系的人,

以实际上有无共同生活为标准,

不以承租人的配偶、

〔

2

8

〕 中华民国最高法院 1

9

4

3年上字第 7

3

4号;

中华民国最高法院 1

9

3

0年上字第 6

0号;

史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股

份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 1

6

6页;

郑玉波:

《民法债编各论》(上),

三民书局 1

9

8

1年第 7版,

第 1

9

8页;

邱聪智:

《新

订债法各论》,

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

4

1~2

4

2页;

林诚二:

《民法债编各论》(上),

中国人

民大学出版社 2

0

0

7年版,

第 2

5

8~2

5

9页;

刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

5

6~2

5

7页。

〔

2

9

〕刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

5

7~2

5

8页。

第十九章　租赁合同

5

4

3

子女、

父母、

兄弟姐妹为限。所谓承租人允许使用、

收益租赁物的第三人,

除包括承租人明示同意

其使用、

收益租赁物之人以外,

还包括依社会观念上的当然解释承租人应允许使用、

收益租赁物之

人,

如租赁房屋,

非同居之友来访而住宿一、

二日。但应注意的是,

转租场合的次承租人,

因法律设

立的专门的制度,不作为此处的第三人对待。转借场合的借用人,也应与次承租人作同一解

释。

〔

3

0

〕这符合实际和事理,应当如此处理。《合同法》第 2

3

4条关于“承租人在房屋租赁期间

死亡的,

与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋”的规定, 认可了这种制度。

上述第三人对租赁物同样应尽善良管理人的注意保管义务,违反该项义务致使租赁物毁

损灭失的,

应承担侵权责任。不过,

由于此类第三人使用、

收益租赁物系因承租人的允许,承租

人对此应当负责,

承担违约责任。从出租人的角度观察,构成对人的请求权的竞合;对承租人

而言,

为不真正连带债务。终局责任者,

仍为毁损灭失租赁物的第三人。承租人就第三人毁损

灭失租赁物而向出租人承担违约责任后,

有权向该第三人追偿。

〔

3

1

〕这符合法理,应予采纳。

5.

保管租赁物的附随义务

租赁期间,

租赁物如有维修的必要,应由出租人负担的,或因防止危害而有必要安装设备

的,

或因第三人就租赁物主张权利的,承租人负有及时通知出租人的义务,除非出租人已经知

晓(《合同法》第 2

2

1条前段、

第 2

2

8条第 2款)。承租人违反该项义务,构成违约的,应当负损

害赔偿责任。此其一。出租人为使租赁物处于适用状态而采取保存行为

的, 承租人不得拒绝。

该项容忍义务与租赁物的维修制度密切相关,

其构成、

法律效果等问题,

上文已经阐明,

此处不

再赘述。此其二。

6.

收益权

在租赁期间因占有、使用租赁物获得的收益,归承租人所有,除非当事人另有约定(《合同

法》第 2

2

5条)。

(二)支付租金的义务

租金的支付是承租人应负担的主给付义务。关于租金的支付,

有以下几点需要讨论。

1.

租金的债务人

租金的债务人,

为承租人。一人单独承租的,

该承租人负责支付全部租金。数人共同承租

的,

租赁合同约定按份支付租金的,

依其约定,

约定连带的,

亦依其约定;

没有约定的,

按照我国

现行法的精神,

承租人负连带责任。需要注意的是,如果仅仅是数个承租人之间约定按份责

任,

则对出租人没有约束力,

原因在于合同具有相对性。

2.

租金的形态

租金一般表现为金钱,

但不限于此,

以租赁物的孳息,

甚至是当事人同意的其他物品,作为

租金,

亦无不可,

除非违反法律、

行政法规的强制性规定,

或违背公序良俗。

3.

租金的数额

租金的数额,

由当事人任意约定,

只是不得违反法律、

行政法规的强制性规定,

不得违背公

〔

3

0

〕 郑玉波:

《民法债编各论》(上),

三民书局 1

9

8

1年第 7版,

第 2

1

6页;

邱聪智:《新订债法各论》,姚志明校订,中国人

民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

5

9页;

林诚二:

《民法债编各论》(上),中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,第 2

7

6页;刘

春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

8

1页。

〔

3

1

〕 邱聪智:

《新订债法各论》,

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

5

9页;刘春堂:《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 2

8

1页。



序良俗原则。还有,假如租金的数额过高或过低显失公平,符合《合同法》第 5

4条规定的原因

的,

当事人可以自其知道或应当知道撤销事由时起 1年内请求变更租金数额,甚至撤销租赁合

同。在租赁合同无效的情况下,只要当事人请求参照约定的租金标准确定的,也时常予以准

许,

只不过在性质及名称上都不作为租金看待,

而是视为房屋占有使用费。法释[2

0

0

9]1

1号对

此予以承认,

于其第 5条规定:

“房屋租赁合同无效,

当事人请求参照合同约定的租金标准支付

房屋占有使用费的,

人民法院一般应予支持”。

4.

租金的支付方式与期限

租金的支付方式,

可以分期支付,

也可以一次性全额支付。

〔

3

2

〕分期支付的可以视为定期支

付,

每期租金请求权的消灭时效自该期租金的支付期届满之日起计算。

〔

3

3

〕承租人应当按照约

定的期限支付租金。对支付期限没有约定或约定不明确,

依照《合同法》第 6

1条的规定仍不能

确定,

租赁期间不满 1年的,

应当在租赁期间届满时支付;

租赁期间 1年以上的,

应当在每届满

1年时支付,

剩余期间不满 1年的,

应当在租赁期间届满时支付(《合同法》第 2

2

6条)。

5.

未付、

延付租金的法律后果

承租人无正当理由未支付或迟延支付租金的,

出租人可以要求承租人在合理期限内支付。

承租人逾期不支付的,

出租人可以解除合同(《合同法》第 2

2

7条)。需要注意的是,

因承租人拖

欠租金,

出租人请求解除合同时,

次承租人请求代承租人支付欠付的租金和违约金以抗辩出租人

合同解除权的,

人民法院应予支持。但转租合同无效的除外(法释[

2

0

0

9

]

1

1号第 1

7条第 1款)。

6.

租金的变动

出现下列情形之一的,

应允许租金发生变动:(1)租赁物因不可归责于承租人的原因而毁

损灭失场合,

租金的变动。因不可归责于承租人的事由,

致使租赁物部分或全部毁损、

灭失的,

承租人可以要求减少租金或不支付租金;因租赁物部分或全部毁损、灭失,致使不能实现合同

目的的,

承租人可以解除合同(《合同法》第 2

3

1条)。(2)因第三人就租赁物主张权利而引起

租金的变动。因第三人主张权利,

致使承租人不能对租赁物使用、收益的,承租人可以要求减

少租金或不支付租金(《合同法》第 2

2

8条第 1款)。(3)因租赁物维修而引起租金的变动。因

维修租赁物影响承租人使用的,应当相应减少租金或延长租期 (《合同法》第 2

2

1条后段)。

(4)因情事变更引起的租金变更。租赁合同为继续性合同,租赁期间,租赁物的价值可能出现

变动,

或租赁物的使用范围出现增减,

若仍然维持原定租金,

可能有失公平,

应允许适用情事变

更原则(法释[2

0

0

9]5号第 2

6条),

予以调整。

(三)承租人的优先购买权

1.

优先购买权的概念

所谓承租人的优先购买权,

是指在租赁合同存续期间,出租人要出卖租赁物时,承租人在

同等条件下享有优先购买的权利。

法律赋予承租人优先购买权是为了简化法律关系,实现物尽其用。《合同法》第 2

3

0条认

可了房屋租赁合同中承租人的优先购买权,

规定出租人出卖租赁房屋的,应当在出卖之前的合

〔

3

2

〕 一次全额支付的,

时常被认定为名为租赁实为买卖。

〔

3

3

〕 有人把租金债务视为同一项债务,

适用法释[2

0

0

8]1

1号第 5条的规定,诉讼失效期间从最后一笔租金的支付期届

满之日起算。

7

4

3

理期限内通知承租人,

承租人享有在同等条件下优先购买的权利。通说认为,

承租人的优先购

买权为形成权。

所谓同等条件,

要综合考虑价格的多少、

付款期限的长短、

一次付清还是分期付款、

有无担

保等因素。

2.

优先购买权的适用

法律关于承租人优先购买权的规定,

适用于房屋买卖合同的场合,

应无疑义。需要注意的

是,

出租人与抵押权人协议折价、变卖租赁房屋偿还债务的,应当在合理期限内通知承租人。

承租人请求以同等条件优先购买房屋的,人民法院亦应予支持(法释[2

0

0

9]1

1号第 2

2条)。

具有下列情形之一,

承租人主张优先购买房屋的,

人民法院则不予支持:

(1)房屋共有人行使优

先购买权的;

(2)出租人将房屋出卖给近亲属,

包括配偶、

父母、

子女、

兄弟姐妹、

祖父母、

外祖父

母、

孙子女、外孙子女的;(3)出租人履行通知义务后,承租人在 1

5日内未明确表示购买的;

(4)第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的(法释[2

0

0

9]1

1号第 2

4条)。

承租部分房屋的承租人在出租人整体出卖房屋时是否享有优先购买权的问题,最高人民

法院经研究认为:

目前处理此类案件,

可从以下两个方面综合考虑:

其一,

从房屋的使用功能上

看,

如果承租人承租的部分房屋与房屋的其他部分是可分的、使用功能可相对独立的,则承租

人的优先购买权应仅及于其承租的部分房屋;如果承租人承租的部分房屋与房屋的其他部分

是不可分的、

使用功能整体性较明显的,则其对出租人所卖全部房屋享有优先购买权。其二, 从承租人承租的部分房屋占全部房屋的比例看,承租人承租的部分房屋占出租人出卖的全部

房屋一半以上的,

则其对出租人出卖的全部房屋享有优先购买权;反之,则不宜认定其对全部

房屋享有优先购买权([2

0

0

4]民一他字第 2

9号)。

3.

优先购买权行使的法律后果

承租人优先购买权行使,

发生如下法律后果:(1)出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通

知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权的情形,承租人请求出租人

承担赔偿责任的,人

民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的,人民法院不予支

持(法释[2

0

0

9]1

1号第 2

1条)。(2)一种观点认为,承租人一经行使优先购买权,就在承租人

和出租人之间立即成立买卖租赁物的合同,其条件与出租人和第三人之间租赁物买卖合同的

条件相同,

无须再经过要约—

—

—承诺的磋商过程。但有反对意见,如重庆市高级人民法院《关

于当前民事审判若干法律问题的指导意见》(2

0

0

7年 1

1月 2

2日市高级人民法院审委会第 5

6

4

次会议通过)认为,

出租人出卖租赁房屋,侵犯承租人优先购买权的,应依照现行法律、法规及

司法解释的规定处理,

不能判令出卖人直接按照与第三人约定的同等条件与承租人签订买卖

合同(第 4

0条第 2项)。

4.

优先购买权的放弃

法释[2

0

0

9]1

1号第 2

3条规定:

“出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋,

应当在拍卖 5日前通知

承租人。承租人未参加拍卖的,

人民法院应当认定承租人放弃优先购买权。

”

(四)租赁物的返还义务

租赁期间届满,

承租人应当返还租赁物。返还的租赁物应当符合按照约定或租赁物的性

质使用后的状态(《合同法》第 2

3

5条)。租赁合同因种种原因而解除时,承租人亦应将租赁物

返还给出租人。

1.

租赁物返还的界定

所谓返还,

是指将租赁物的占有移转给出租人,如将房屋腾出等(法释[2

0

0

9]1

1号第 1

8

条)。在房屋租赁中,

如承租人一时之间难以搬出的,应该如何处理?境外的立法例及其学说

一般认为,

依诚实信用原则考虑,

对于承租人无过失迟延搬迁的,

出租人应给以宽容期间。

承租人在返还租赁物时应返还原物。这里所谓的原物,不是指与租赁合同开始时的租赁

物保持完全相同的状态的原物,而只是保持其于正常使用、收益后的自然状态的原物(《合同

法》第 2

3

5条),

如正常使用、

收益过程中造成正常的磨损等,

仍属保持其原状。

2.

租赁物返还与恢复原状

承租人在租赁物上进行改善或增设他物的,

若未经出租人同意或追认,

则在租赁物返还时

应恢复原状,

除去增设的他物;若已经出租人同意或追认的,承租人则不负恢复原状的义务

(《合同法》第 2

2

3条)。

对上述现象从权利的角度观察,无论承租人对租赁物上进行改善或增设他物是否获得了

出租人的同意或追认,

承租人都享有取回增设之物的权利。当然,承租人行使取回权,必须不

得损坏租赁物。例如,

增设之物为独立的物,

且未与租赁物附合,

自然允许承租人取回该物;反

之,

增添之物已经与租赁物附合,

非独立之物,

取回它会损及租赁物或根本无法取回,

承租人则

不享有取回权,

也不承担恢复原状的义务,在这种情况下由损害赔偿请求权、费用偿还请求权

诸制度解决(法释[2

0

0

9]1

1号第 9~1

3条)。

3.

租赁物返还与押金返还、

担保物返还的关系

在承租人为出租人的债权而设立押金、

质权等担保的场合,

或就放置于出租人处的承租人

的动产依法成立留置权的场合,

租赁合同终止,

押金、

质权或留置权等担保关系随之消灭,

作为

担保权人的出租人负有向承租人返还押金、质物或留置物的义务。该项义务与承租人所负返

还租赁物的义务,

是否构成同时履行关系或先后履行关系?本书认为,首先需要明确的是,押

金返还与租赁物返还分属两项合同及其终止所产生的义务,即使存在着抗辩权,也不属于同时

履行抗辩权或先履行抗辩权制度的领域。不过,

考虑到实际情况,

讨论两者之间的相互关系也

有其必要。众所周知,

租赁合同场合的押金,

其数额相较于租赁物的价值额明显偏低,

如果囿于

同时履行抗辩权或先履行抗辩权仅仅应用于对待给付关系的观点, 押金返还与租赁物返还之间就

不能准用同时履行抗辩权或先履行抗辩权的制度。但考虑到承租人抗衡出租人的手段极其有限, 出租人返还押金一般来说不是件特别困难的事情,

即使存在着困难,

也不可归责于承租人,

于此场

合赋予承租人“同时履行抗辩权”或“先履行抗辩权”,

有助于问题的早日解决,

相对合理。

〔

3

4

〕

质物、

留置物的返还与租赁物的返还并非基于同一合同关系而生的两项债务,不符合《合

同法》第 6

6条、

第 6

7条规定的同时履行抗辩权、先履行抗辩权的成立要件,因此,出租人不得

以承租人未返还租赁物为由拒不返还质物或留置物,承租人也不得以承租人未返还质物或留

置物为由拒不返还租赁物。但是,

如果出租人不返还质物或留置物就会使承租人遭受重大损

失,

承租人缺乏理想的救济措施,

不妨允许承租人准用同时履行抗辩权或先履行抗辩权,更为

公平合理。同理,

如果承租人不返还租赁物就会使出租人遭受重大损失,

出租人也欠缺有效的

救济手段,

也不妨允许出租人准用同时履行抗辩权或先履行抗辩权,

以求利益平衡。

〔

3

4

〕崔建远:

“履行抗辩权探微”,

载《法学研究》2

0

0

7年第 3期。



第三节　租赁合同中的风险负担

因不可归责于双方当事人的事由,致使租赁物部分或全部毁损、灭失的,租赁物毁损灭失

的损失由谁承受?首先,因不可归责于双方当事人的事由,致使租赁物部分或全部毁损灭失

的,

按照天灾归物权人负担的法律思想,应由出租人承受该项风险,即出租人不得请求承租人

向自己赔偿租赁物毁损灭失的损失,

除非法律另有规定,

或当事人之间另有约定。自罗马法以

来,

一直如此,

这就是由物的所有人负担风险的规则。

〔

3

5

〕其次,因不可归责于双方当事人的事

由,

致使租赁物部分或全部毁损灭失,从而引致租赁合同部分或全部不能履行时,承租人是否

应向出租人继续支付租金?这是租赁合同中风险负担中另一方面的问题。从《合同法》第 2

3

1

条关于“因不可归责于承租人的事由,

致使租赁物部分或者全部毁损、

灭失的,

承租人可以请求

减少租金或者不支付租金;

因租赁物部分或者全部毁损、

灭失,

致使不能实现合同目的的,

承租

人可以解除合同”的规定观察,

这种风险由出租人负担。

〔

3

6

〕

第四节　租赁合同的变更

一、

出租人的变更

所谓出租人的变更,

是指在租赁关系存续期间,租赁合同关系不改变同一性,出租人因特

定事由发生而有所更易的情形。至于出租人更易的原因,

如出租人经承租人同意将其地位让与

第三人,

该第三人成为出租人;

抑或出租人死亡时,

其地位由其继承人继承,

该继承人成为出租人;

或者基于法律的特别规定,

如租赁物所有权的转移、

受让人成为出租人等,

均属出租人的变更。

(一)买卖不破租赁

关于租赁物所有权移转而导致出租人变更,《合同法》第 2

2

9条规定:“租赁物在租赁期间

发生所有权变动的,

不影响租赁合同的效力”。这就是人们常说的买卖不破租赁,其成立要件

包括:

(1)须出租人将租赁物的所有权转让给第三人,

至于转让的原因如何则不予考虑。(2)须

其转让发生于租赁物交付后承租人占有时,因为租赁物在交付于承租人
前,租赁权欠缺公示, 第三人难以知晓租赁权是否存在,

故不宜赋予租赁权对抗力。(3)须租赁合同原属有效。需要

注意的是,

租赁房屋具有下列情形之一的,不适用《合同法》第 2

2

9条关于买卖不破租赁的规

定:

(1)房屋在出租前已设立抵押权,

因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的;(2)房屋在出

租前已被人民法院依法查封的(法释[2

0

0

9]1

1号第 2

0条后段)。再者,《合同法》第 2

2

9条关

于买卖不破租赁的规定,

并非强制性规定,当事人可以约定排除,至少在房屋租赁领域是这样

〔

3

5

〕崔建远:

“关于制定合同法的若干建议”,

载《法学前沿》(第 2辑),

法律出版社 1

9

9

8年版,

第 4

7页。

〔

3

6

〕 王利明、

房绍坤、

王轶:

《合同法》,

中国政法大学出版社 1

9

9

7年版,

第 3

8

8~3

8

9页。

0

5

3 合同法(第六版)

(法释[2

0

0

9]1

1号第 2

0条后段)。

买卖不破租赁的法律效果表现为:

(1)承租人和第三人(受让人)之间当然发生租赁合同关

系,

签订租赁合同无须再经过要约—

—

—承诺的程序。(2)若有押金担保,

且兼有租金作用的,

就

以押金的利息抵充租金,

或以押金抵充租金的,在出租人地位移转的情况下,原出租人应将已

经收取的押金交付给受让人,

原出租人若尚未收取押金的,

受让人可请求承租人交付。

〔

3

7

〕(3)若

有押金担保,

在租赁合同终止时,

由实际收取押金的受让人负返还义务,因为押金非租赁合同

成立的要件,

受让人难以确定其受让的租赁关系是否附有押金担保,即使问询让与人,也可能

得到虚假的信息。

(二)就租赁物设立物权

出租人就租赁物设立物权,

即出租人为第三人在租赁物上设立建设用地使用权、地役权、

抵押权、

质权等定限物权的,

由此影响承租人使用、

收益租赁物的,

承租人可主张租赁合同及其

租赁权继续存在。

应当看到的是,

租赁合同继续存在,

究竟发生什么效力,

应视设立物权的种类而有所不同,

物权人能承受出租人地位的,

则使所设立的物权发生效力,物权人不能承受出租人地位的,则

使所设立的物权在租赁合同期满前不发生效力。

〔

3

8

〕这较为合理,因为:(1)在租赁物上设立的

物权为地役权的,

该地役权当然发生效力,只是租赁合同关系不必移转,即不发生出租人变更

的问题,

承租人可以其租赁权对抗该地役权人,租赁权的行使不受影响,地役权人只能在不妨

害承租人使用、

收益租赁物的范围内,行使地役权。

〔

3

9

〕(2)在租赁物上设立的物权为抵押权

的,

该抵押权成立,

只是租赁合同关系不必移转,即不发生出租人变更的问题,

承租人可以租赁

权对抗抵押权人,

租赁权的行使不受影响(《物权法》第 1

9

0条前段)。从而,

抵押权人行使抵押权

时无权请求除去租赁权,

也不得妨害承租人使用、

收益租赁物。(3)在租赁物上设立的物权为动

产质权的,

由于动产质权的设立需要移转质物,

在租赁物由承租人占有的情况下,

出租人只能按照

指示交付的方法为第三人设立质权。于此场合,

动产质权的设立发生效力,

唯租赁合同关系不必

移转,

即不发生出租人变更的问题,

承租人可以其租赁权对抗质权人,

租赁权的行使不受影响。

〔

4

0

〕

二、

承租人的变更

承租人的变更有如下三种情形:

1.

租赁权的法定让与(如《合同法》第 2

3

4条的规定)。还有,承租人租赁房屋用于以个体

工商户或个人合伙方式从事经营活动,承租人在租赁期间死亡、宣告失踪或宣告死亡的,其共

同经营人或其他合伙人请求按照原租赁合同租赁该房屋的,

人民法院应予支持(法释[2

0

0

9]1

1

号第 1

9条)。

2.

租赁权的转让。除非租赁合同对此另有约定,

承租人转让租赁权应取得出租人的同意。

3.

转租,

即在承租人不脱离原租赁关系的情况下,

将租赁物又出租给次承租人的情形。它

〔

3

7

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 3

1

2~3

1

6页。

〔

3

8

〕史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 2

1

3页;

郑玉波:

《民法债编各论》(上),

三民书局

1

9

8

1年第 7版,

第 2

4

1页。

〔

3

9

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 3

2

3页。

〔

4

0

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(上),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 3

2

3~3

2

4页。

第十九章　租赁合同

1

5

3

与租赁权转让的区别在于,

后者场合承租人脱离了原租赁关系,前者场合承租人依然留在原租

赁关系中。在转租关系中,原出租人仍为出租人,承租人则被称作转租人。转租合同的标的

物,

既可为原租赁物的全部,

也可为原租赁物的一部。由于租赁合同较注重当事人之间的信用

关系,次承租人对租赁物如何使用、收益,会直接影响到出租人的利益。所以,对转租都有限

制,

须经出租人同意,

否则,

出租人有权解除租赁合同(《合同法》第 2

2

4条)。出租人的同意不

必明示,

在事后不表示反对的也可视为同意。对此,

法释[2

0

0

9]1

1号第 1

6条第 1款规定:

在房

屋租赁的情况下,

“出租人知道或者应当知道承租人转租,

但在六个月内未提出异议,

其以承租

人未经同意为由请求解除合同或者认定转租合同无效的,

人民法院不予支持”。转租房屋合同

的存续期限,

应当等于或短于承租人剩余的租赁期限,如果转租期限超过承租人剩余租赁期

限,

人民法院应当认定超过部分的约定无效。除非出租人与承租人另有约定(法释[2

0

0

9]1

1

号第 1

5条)。结合程序考虑,

因房屋租赁合同产生的纠纷案件,人民法院可以通知次承租人作

为第三人参加诉讼(法释[2

0

0

9]1

1号第 1

6条第 2款)。

需要注意的是,

《规范国有土地租赁若干意见》对于国有土地租赁及转租、

转让作了若干特

殊性的规定(第 6条),

应当引起我们的重视。

最后需要指出的是,

次承租人代承租人向出租人支付的租金和违约金超出其应付的租金

数额,

可以折抵租金或向承租人追偿(法释[2

0

0

9]1

1号第 1

7条第 2款)。

第五节　租赁合同的终止

一、

租赁合同终止的事由

租赁合同期限届满,

租赁合同应予终止。但应注意的是,

《合同法》第 2

3

6条规定:

“租赁合

同期间届满,

承租人继续使用租赁物,

出租人没有提出异议的,

原租赁合同继续有效,

但租赁期

限为不定期”。此其一。租赁物灭失,租赁权失去标的物,租赁合同即失去存续的积极意义和

目的,

租赁合同应予终止。此其二。租赁合同期限虽未届满,但出现了法律规定的解除条件, 如《合同法》第 2

1

9条规定的承租人不当使用租赁物,第 2

2

4条第 2款规定的擅自转租,第 2

2

7

条规定的承租人经催告仍不支付租金,

第 2

3

1条规定的租赁物毁损灭失致使合同目的落空,第

2

3

2条规定的不定期租赁可随时解除,第 2

3

3条规定的租赁物危及承租人的安全或健康,租赁

合同因解除权人行使解除权而解除,

从而归于终止。再如,

法释[2

0

0

9]1

1号第 8条规定的租赁

房屋被司法机关或行政机关依法查封、租赁房屋权属有争议、租赁房屋具有违反法律、行政法

规关于房屋使用条件强制性规定情况。最后,租赁合同也可以经双方协商一致而解除(《合同

法》第 9

3条第 1款),

因当事人约定的解除条件成就,

解除权人行使解除权而解除(《合同法》第

9

3条第 2款),

合同从而归于终止。此其三。

二、

租赁合同终止的效力

租赁合同终止后,

租金虽有返还可能,承租人之使用、收益却不可能返还。因此租赁合同



的消灭只能向将来发生,

而不能溯及既往;其消灭之效果只能自产生终止原因之时起,向将来

发生效力。

租赁合同终止,

承租人负有返还租赁物的义务。逾期返还,承租人应负租赁物占有使用

费。在转租场合,

房屋租赁合同因履行期限届满或者解除而终止的,

出租人请求负有腾房义务

的次承租人支付逾期腾房占有使用费的,

人民法院应予支持(法释[2

0

0

9]1

1号第 1

8条)。

第二十章　融资租赁合同

第一节　融资租赁合同概述

一、

融资租赁合同的界定与法律性质

所谓融资租赁合同,

是指出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择,向出卖人购买租赁

物,

提供给承租人使用,

承租人支付租金的合同(《合同法》第 2

3

7条)。这是人们常说的融资租

赁合同,

且为广义的融资租赁合同,

反映着出租人、

承租人和出卖人之间的三角关系。有时,人

们也将出租人与承租人之间的租赁合同叫做融资租赁合同,即狭义的融资租赁合同。合同仅

约定以权利作为租赁物,

或者约定的租金过分高于租赁物价值的,不应认定为融资租赁法律关

系,

而应按其实际法律关系处理。

融资租赁合同具有如下法律性质:

1.

融资租赁合同关系是由物品供应商(出卖人)、

租赁公司(出租人 /

买受人)和承租人结合

而成的三角关系。融资性租赁交易,

系先由承租人与供应商(出卖人)选定交易对象的物品,

丙

决定其价款,

继而以该价款为基础,

由承租人与租赁公司(出租人的身份)协商,决定租赁期限

和租金,

然后租赁公司(买受人的身份)与供应商(出卖人)再行合意,由供应商(出卖人)将物

品直接交付给承租人。受领物品的承租人于检查所受领的物品后, 认为符合合同约定时,

应通

知租赁公司,

由租赁公司(买受人的身份)将价款支付给供应商(出卖人),而由承租人使用、收

益物品,

并支付租金给租赁公司(出租人的身份)。租赁期满,承租人享有选择权:或将物品返

还租赁公司(出租人的身份)而终止租赁合同,

或继续使用、

收益物品(继续承租,

或签订买卖合

同,

取得租赁物的所有权)。

〔1〕

2.

融资租赁合同是买卖合同、

租赁合同项下权利义务有所交错的新型独立合同。在融资

租赁合同关系中,

标的物由承租人与供应商(出卖人)决定,由供应商直接交付承租人,并由承

租人检查、

受领。租赁公司并不直接干预供应商的选定,

也不决定物品的品质、

性能,

亦不交付

或受领、

检查物品。

〔2〕 在出卖人不履行买卖合同中的义务时,承租人得在一定前提下,向出卖

人主张赔偿损失;

买卖合同的双方当事人不得随意变更买卖合同中与租赁合同的承租人有关

的合同内容等。这显然不同于单纯的买卖合同关系中各方的权利义务对应关系,也不同于单

纯的租赁合同关系中各方的权利义务对应关系,

而是买卖合同、租赁合同项下权利义务有所交

〔1〕 曾隆兴:

《现代非典型契约论》,

三民书局 1

9

8

8年版,

第 9

6页。

〔2〕 曾隆兴:

《现代非典型契约论》,

三民书局 1

9

8

8年版,

第 9

6页。

4

5



错的新型独立合同关系。它有时突破合同的相对性,

有时又遵守合同的相对性。

3.

融资租赁合同是以融资为目的、以融物为手段的合同。这是融资租赁合同不同于传统

租赁合同的重要特征,

也是融资租赁合同与借款等合同的区别之一。租赁合同的交易目的, 在

于盘活闲置资产,

在租赁合同中,

出租人出租的租赁物,并非是出于承租人的需要和根据承租

人的要求购买的,

而是依自己的需要并按自己的要求购买的,出租人购置物件,尽管也可服务

于出租的目的,

但其购置行为与租赁合同并无直接的关联。融资租赁合同的交易目的在于融

通资金,

因此在融资租赁合同中,

出租人不但要按照承租人的要求购买标的物,而且在多数情

况下,

还只能向承租人指定的出卖人购买,

出租人购置物件的行为是与其出租物件的行为密切

联系在一起的,

它们共同构成融资租赁关系的内容。

〔3〕 此其一。融资租赁合同的承租人通过

出租人购买并将标的物出租,

达到融资的目的,

以解决自己一次性购买标的物所需资金不足的

问题。从这点来看,

承租人等于是向出租人借贷,

但由于承租人此时并不是从出租人处取得租

赁物或货币的所有权,

而仅是通过租赁的形式取得标的物的使用权,以租金的形式偿还出租人

为购买租赁物所付出的对价和费用,

这与借款合同显然不同。此其二。

4.

融资租赁合同中的出租人为从事融资租赁业务的租赁公司。融资租赁合同的出租人, 只能是从事融资租赁业务的租赁公司,

而不能是一般的自然人、

法人或其他组织。这是融资租

赁合同在主体上的特征。考虑到融资租赁交易具有融资性,因而只有经金

融管理部门批准许

可经营的公司,

才有从事融资租赁交易,

订立融资租赁合同的资格。

5.

融资租赁合同为诺成性合同、要式合同、多务合同和有偿合同。融资租赁合同的成立, 不以当事人交付标的物为要件,故融资租赁合同为诺成合同。按照《合同法》第 2

3

8条第 2款

的规定,

融资租赁合同应当采用书面形式,

即表现出要式性。融资租赁合同关系牵涉三方当事

人,

各自承担相应的义务,

体现出多务性。承租人使用、收益租赁物,须向租赁公司支付租金, 租赁公司须向供应商支付价款,

故融资租赁合同为有偿合同。

二、

融资租赁合同与一般租赁合同

融资租赁合同的场合,

承租人占有、

使用、

收益租赁物,

向出租人支付租金。这与一般租赁

合同相同。不过,

两种合同存有如下不同:

(1)在一般租赁合同的场合,

承租人占有、

使用、

收益

租赁物,

即使租赁期满,

租赁物也大多保持充分的利用价值。此时,将租赁物返还出租人仍有

价值。而在融资租赁合同的场合,

租赁期限与租赁物的耐用年限时常大体相同。若相同,则租

赁物返还出租人,

对出租人而言价值不大。(2)在一般租赁合同场合,租赁物的修缮义务归出

租人;

租赁物存在隐蔽瑕疵时,

出租人负担保责任。而在融资租赁合同的场合,出租人仅负容

忍承租人从供应商处取得租赁物的义务,

不负修缮义务和瑕疵担保责任。(3)在一般租赁合同

的场合,

租赁物因不可归责于双方当事人的原因而毁损、灭失,致使承租人不能使用、收益时, 承租人免负支付租金的义务。而在融资租赁合同的场合,租金乃出租人为回收及承租人的方

便而提供融资为目的,

并无承租人使用、

收益租赁物的对价的性质,

所以,

出租人不问承租人是
否使用、
收益租赁物,
均有请求支付租金的合理权利。从而承租人固不得于租赁期间中途终止
合同而免除支付租金的义务,
且租赁物因不可归责于双方当事人的原因而毁损、灭失时,支付

〔3〕 曾隆兴:
《现代非典型契约论》,
三民书局 1
9
8
8年版,
第 9
6页。



租金的义务也不免除。
〔4〕
三、
融资租赁合同与分期付款买卖合同
在融资租赁合同的场合,
租赁物通常是在其耐用年限内由承租人使用、收益,类似于承租

人买入标的物;

且租金系以租赁物的买卖价款和利息为基准而计算的。如此,

就承租人方面而

言,

可谓类似分期付款买卖。此其一。在保留所有权的分期付款买卖合同中,出卖人之所以保

留买卖物所有权,

是为了于买受人不履行分期付款的义务时而优先于一般债权人取回买卖物, 以避免损失。与此类似,

融资租赁合同的场合,承租人不支付租金时,出租人同样有权取回归

其所有的租 赁 物。此 其 二。不 过,融 资 租 赁 合 同 与 分 期 付 款 买 卖 合 同 存 在 着 根 本 的 区 别: (1)在分期付款买卖合同场合,

全部价款付清,

买卖物所有权归属于买受人,

该买卖物仍具客观

的价值。而在融资租赁合同的场合,租赁期满时,租赁物所有权虽可归属于承租人,但租赁物

因其耐用年限已经届满而没有多少价值。

〔5〕 (2)在分期付款买卖合同的场合,典型交易目的

系买卖物、

价款的所有权移转。而在融资租赁合同中,典型交易目的则为租赁物使用权的移

转。(3)在保留所有权的分期付款合同场合,

买受人取得买卖物所有权的期待乃该合同本身的

应有之义,

而融资租赁合同本身并不含有承租人取得租赁物所有权的期待。承租人是否取得

租赁物的所有权,

须看另订合同的约定。

四、

融资租赁合同的无效

判断融资租赁合同无效,需要适用《合同法》第 5

2条等条款的规定,此外尚需注意如下几

点:

(1)出租人不具有在中国境内从事融资租赁经营资格却签订融资租赁合同的,以基础设施

收费权、

股权等权利或者仅以软件、

商标权等无形资产作为租赁物的,

融资租赁合同应为无效。

(2)应当注意的是,

承租人将其自有物出卖给出租人、

再从出租人处租回,

不应仅以承租人和出

卖人系同一人为由而认定融资租赁合同无效;

承租人根据法律、行政法规关于租赁物的经营者

需要取得行政许可的规定取得行政许可的,不应以出租人未取得行政许可为由认定融资租赁

合同无效。

## 第二节　融资租赁合同的效力

融资租赁合同的效力,

是指生效融资租赁合同所具有的法律约束力。它主要是通过融资

租赁合同的各方当事人所享有的权益和所负担的义务来具体体现的。考虑到融资租赁合同是

由两个合同、

三方当事人结合在一起构成的新型独立合同,对于融资租赁合同效力的考察,将

结合这一特点展开。

〔4〕 曾隆兴:

《现代非典型契约论》,

三民书局 1

9

8

8年版,

第 1

0

1~1

0

2页。

〔5〕 曾隆兴:

《现代非典型契约论》,

三民书局 1

9

8

8年版,

第 1

0

2~1

0

3页。

6

5

3　合同法(第六版)

一、

供应商(出卖人)的权利义务

1.

供应商(出卖人)负有按照约定向承租人(而非作为买受人的出租人)直接交付标的物的

义务(《合同法》第 2

3

9条)。

2.

在供应商(出卖人)不履行合同义务时,向承租人承担违约责任(《合同法》第 2

4

0条前

段)。

3.

供应商(出卖人)享有请求租赁公司(出租人)支付价款的权利。

二、

租赁公司(出租人)的权利义务

1.

租赁公司(出租人)负有向供应商(出卖人)支付价款的义务。

2.

出租人负有告知供应商其购买租赁物的目的是出租给承租人的义务，未履行该项义务，

承租人无权向出卖人主张受领租赁物、

索赔等权利。供应商知道或应当知道融资租赁关系的，

可以认定出租人已履行告知义务。

3.

在供应商(出卖人)不履行合同义务时，

租赁公司(出租人)协助承租人行使索赔权(《合

同法》第 2

4

0条后段)。

4.

在承租人依赖出租人的技能确定租赁物或租赁公司(出租人)干预选择租赁物的情况

下，

租赁物不符合约定或不符合使用目的的，

租赁公司(出租人)承担瑕疵担保责任(《合同法》

第 2

4

4条但书)。上述承租人依赖出租人的技能确定租赁物或出租人干预选择租赁物的事实，由承租人负举证责任。

5.

租赁公司(出租人)保证承租人对租赁物的占有、

使用(《合同法》第 2

4

5条)。

6.

租赁公司(出租人)请求承租人支付租金的权利(《合同法》第 2

4

8条前段)。

7.

承租人逾期支付租金的,

应当承担违约责任。融资租赁合同约定承租人应当支付逾期

利息或一定数额违约金的,

从其约定。融资租赁合同既约定逾期利息又约定逾期付款违约金

的,

裁判机构应当告知当事人选择适用逾期利息或违约金条款。逾期利息或违约金低于或过

分高于出租人的损失,

当事人请求调整的,

裁判机构有权依照《合同法》第 1

1

4条第 2款的规定

处理。

在承租人逾期支付租金的情形下,融资租赁合同对款项的偿还顺序有约定的,从其约定; 未约定的,

应当按照未付逾期利息或违约金、

损害赔偿金、

其他应付款项、

租金的顺序偿还。

8.

承租人不支付租金,

经催告后在合理期限内仍不支付的,

出租人有权请求承租人支付全

部租金,

也有权解除合同,

收回租赁物(《合同法》第 2

4

8条)。出租人既要求承租人支付全部租

金又要求解除合同的,

裁判机构应当告知其作出选择。出租人拒绝选择的,

裁判机构可以判决

解除融资租赁合同。

9.

出租人不得与供应商(出卖人)变更买卖租赁物合同中与承租人有关的内容,除非经过

了承租人的同意(《合同法》第 2

4

1条)。

1

0.

出租人根据承租人对出卖人、

租赁物的选择订立的买卖合同,

因供应商未交付、迟延交

付租赁物或租赁物质量存在严重瑕疵而解除,

出租人有权要求承租人赔偿损失。

1

1.

租赁公司(出租人)对租赁物享有所有权。并且,

该所有权可以对抗破产清算关系中债

权人按比例分享该财产的权利。因为《合同法》第 2

4

2条规定,

出租人破产的,

租赁物不属于破

第二十章　融资租赁合同

7

5

3

产财产。

1

2.

出租人的特殊地位及权利。租赁物不符合约定或不符合使用目的的, 出租人不承担责

任,

但承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外(《合同法》第

2

4

4条)。

三、

承租人的权利与义务

1.

支付租金的义务。支付租金是承租人所负担的最主要义务(《合同法》第2

4

8条)。该义

务以承租人告知出租人收到标的物的通知为生效条件,而不以承租人实际使用租赁物为条件。

融资租赁合同中出租人所收取的租金,

既不同于一般租赁合同的租金,又不同于买卖合同中的

价金。出租人所收取的租金一方面是为了收回其为购买租赁物所支出的全部或部分费用,另

一方面要获取一定的营业利润。就第一项构成,

在实践中,

主要根据出租人和承租人是如何在

租赁合同中约定租赁期间届满时租赁物的归属而定的,如果双方当事人约定,租赁期间届满

时,

租赁物的所有权即转归承租人所有,

那么出租人所收取的租金应包括购买租赁物的全部费

用;

如果双方当事人约定,

在租赁期间届满时,出租人有权收回租赁物或约定承租人在租赁期

限届满时再支付一部分价金即可取得租赁物的所有权时,出租人应收取的租金的构成就只应

包括购买租赁物的部分价金。当然,

当事人另有约定的,

依其约定。

由于租金并非融物的对价而为融资的对价,承租人支付租金的义务具有以下主要特点: (1)在租赁标的物存有瑕疵时,

承租人不得拒付租金。如前所述,融资租赁的出租人一般不负

标的物的瑕疵担保义务,

在标的物存有瑕疵时,承租人得向出卖人请求其承担瑕疵担保责任, 但即使因标的物有瑕疵致使承租人不能为使用、收益,也不影响承租人支付租金的义务,承租

人仍应按照约定支付租金。(2)在租赁期间,

承租人承担租金的风险。因此,

在租赁期间,

若租

赁物因不可归责于融资租赁合同当事人的事由毁损灭失,致使承租人无法使用租赁物时,承租

人仍应支付租金,

而不能免除或减少其支付租金的义务。(3)因承租人违约而由出租人收回标

的物时,

承租人不能以标的物的收回而拒绝履行支付租金的义务。

承租人不按照约定支付租金时,

出租人得定合理期限要求承租人支付。经出租人催告,承

租人在该期限内仍不支付租金的,

出租人可采取以下两种救济措施:(1)请求承租人支付到期

和未到期的全部租金(加速到期)。本来承租人是依约定按期交付租金的,对于未到期的租金,

出租人无权请求承租人支付。这是承租人享有的一种期限利益。但是,在承租人不依约定按

时交付租金,

并且经催告仍逾期交付时,则承租人的期限利益丧失,出租人不仅有权请求承租

人支付已到期的租金,

而且得请求承租人交付未到期的全部租金(《合同法》第 2

4

8条前段)。

(2)解除合同,

收回租赁物。出租人不选择请求承租人支付全部租金的,

得解除合同,

收回租赁

物,

因为出租人对于租赁物享有所有权,

出租人所享有的所有权具有担保其租金债权实现的功

能,

所以在因承租人一方违约,

出租人解除合同时,

出租人得收回租赁物(《合同法》第 2

4

8条后

段)。但此时应注意,

如果当事人已约定租赁期间届满租赁物归承租人所有,承租人已经支付

大部分租金,

但无力支付剩余租金,出租人因此解除合同收回租赁物的,收回的租赁物的价值

超过承租人欠付的租金以及其他费用的,

承租人可以要求部分返还(《合同法》第 2

4

9条)。

2.

妥善保管、

使用租赁物的义务。《合同法》第 2

4

7条第 1款规定,承租人应当妥善保管、

使用租赁物。



3.

维修租赁物的义务。与一般租赁合同不同,

融资租赁合同具有较强的融资性,因此在占

有租赁物期间由承租人而非出租人承担维修租赁物的义务(《合同法》第 2

4

7条第 2款)。

4.

依法拒绝受领租赁物场合的及时通知义务。承租人依法拒绝受领租赁物的,应当及时

通知出租人。承租人迟延通知或无正当理由拒绝受领租赁物造成出租人

损失的,出租人有权

请求承租人主张损害赔偿。

5.

占有、

使用、

收益租赁物的权利。融资租赁合同有效期间,

占有、

使用、收益租赁物,是承

租人最为主要的权利。

在下列情况下,

承租人有权请求出租人承担违约责任:

(1)出租人妨碍、

干扰承租人对租赁

物的占有和使用;

(2)无正当理由取回租赁物;

(3)第三人因出租人的原因对租赁物主张权利,

导致承租人无法占有、

使用租赁物;

(4)影响承租人对租赁物占有、

使用的其他情形。

6.

享有买受人受领买卖物的某些权利。在供应商(出卖人)向承租人交付将作为租赁物的

标的物时,

承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利(《合同法》第 2

3

9条后段)。这些权

利包括如下类型:

(1)拒绝受领租赁物的权利。此类权利在下述场合产生:租赁物严重不符合

约定的;

出卖人未在约定的交付期间或合理期间内交付租赁物,经承租人或出租人催告,在催

告期满后仍未交付的。(2)对供应商的索赔权。该项权利在下述场合产生: 承租人依法拒绝受

领租赁物场合受有损失;受领后发现租赁物存在质量瑕疵;因供应商的其他违约行为产生损

失。

7.

部分返还已付租金或其他费用的请求权。当事人约定租赁期间届满租赁物归承租人所

有,

承租人已经支付大部分租金,

但无力支付剩余租金,

出租人因此解除合同收回租赁物的,

收

回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的,承租人可以要求部分返还(《合同

法》第 2

4

9条)。

8.

租赁物不符合约定且出租人实施了下列行为之一,承租人有权要求出租人承担相应的

赔偿责任:

(1)在承租人选择出卖人、租赁物时,利用自己的专业技能、经验判断对承租人提供

帮助,

并对租赁物的选定起决定作用的;

(2)直接干预或要求承租人按照出租人意愿选择出卖

人或者租赁物的;

(3)擅自变更承租人已经选定的出卖人或者租赁物的。不过,出租人根据承

租人的要求,

提供与供应商、

租赁物有关的信息,但未对相关信息进行筛选或未给承租人选定

供应商、

租赁物提供意见的,

承租人无权要求出租人赔偿损失。

9.

在因供应商未交付、迟延交付租赁物或租赁物质量存在严重瑕疵而被出租人索赔后, 出租人有权向供应商追偿。出租人有下列情形之一,造成承租人对供应商索赔逾期或索赔

失败,承租人有权要求出租人承担相应赔偿责任:(1)知道或应当知道租赁物有瑕疵而不告

知承租人的;(2)怠于行使融资租赁合同中约定由出租人行使对出卖人索赔权的;(3)怠于

行使买卖合同中约定的只能由出租人行使的索赔权的;(4)承租人行使索赔权时不予必要协

助的。

1

0.

承租人的特殊地位及权利。承租人占有租赁物期间,

租赁物造成第三人的人身伤害或

财产损害的,

出租人不承担责任(《合同法》第 2

4

6条)。

第二十章　融资租赁合同

9

5

3

第三节　融资租赁合同的终止

一、

终止的原因

与一般租赁合同一样,融资租赁合同也得基于租赁期限的届满、合同的解除等原因而终

止。但就合同终止的原因而言,

融资租赁合同与一般租赁合同有一重大区别:在租赁合同中,

如果没有特殊约定,

一旦租赁物因不可归责于双方当事人的事由而归于消灭,租赁合同即得因

解除而终止。

融资租赁合同解除的原因,

主要有如下几种:

(1)出租人与出卖人订立的买卖合同解除、

被

确认无效或被撤销,

且不能重新订立买卖合同的;

(2)租赁物毁损、

灭失未能修复或确定替代物

的;

(3)因不可抗力等原因致使合同目的不能实现的;

(4)未经出租人同意,承租人转让、转租、

抵押、

质押、

投资入股或以其他方式处分租赁物的;(5)以回租赁方式订立融资租赁合同,承租

人在订立合同前 已 经 在 租 赁 物 上 设 立 了 其 他 物 权,致 使 出 租 人 无 法 取 得 租 赁 物 所 有 权 的; (6)承租人未按约定的期限和数额支付租金,符合合同明确约定的解除条件,经出租人催告后

在合理期限内仍不支付的;

(7)合同对于欠付租金解除合同的情形没有明确约定,但承租人欠

付租金达到两期以上,

且欠付金额达到全部租金百分之十五以上,经出租人催告后在合理期限

内仍不支付的;

(8)人民法院受理承租人破产申请的,

但重整申请场合除外;(9)承租人进入清

算程序的;

(1

0)承租人有违反合同约定致使不能实现合同目的的其他情形;

(1

1)因出租人的原

因致使承租人无法占有、

使用租赁物,

承租人要求解除融资租赁合同的。

二、

因租赁期间届满而终止时租赁物的归属

出租人享有租赁物的所有权(《合同法》第 2

4

2条前段),

不过,

出租人和承租人可以约定租

赁期间届满租赁物的归属。对租赁物的归属没有约定或约定不明确, 依照《合同法》第 6

1条的

规定仍不能确定的,

租赁物的所有权归出租人(《合同法》第 2

5

0条)。

《合同法》之所以如此规定,

是考虑到融资租赁合同兼具融物与融资的双重属性,

而且以融

资为主要目的,

以融物为手段。因此,

保有租赁物的所有权,

在根本意义上,

仅是为了担保租金

债权的实现:

一旦有承租人迟延或不履行支付租金义务的情况出现,出租人即可基于其对租赁

物所享有的所有权,

取回租赁物,用租赁物的残存价值折抵承租人应支付的租金。可见,如同

融资租赁合同中,

融物在本质上仅是实现融资目的的手段一样,出租人保有租赁物的所有权, 也仅是其收回购买租赁物的成本并获取营业利润的手段。出租人对租赁物看中的,仅是其所

具有的交换价值,

至于租赁物的使用价值如何,与其并无太大关系。因而在融资租赁合同中, 常会约定于租赁期间届满时,

租赁物的所有权转归承租人所有,此项约定,一方面满足了承租

人无须一次性支付大笔价金,

即可继续对标的物为使用、收益的需求;另一方面也免却了出租

人占有、

保管标的物,

或为标的物寻找新的承租人或买受人之累,

有时在有特约时,

还可再获取

由承租人所支付的一笔颇为丰厚的追加价金,

双方当事人各得其所,

何乐而不为?

0

6

还有一条路径:

双方当事人就租赁物的归属经协商无法达成一致,

出租人同意处分租赁物

的,

于诉讼期间内可以申请人民法院委托具有资质的机构对租赁物进行评估、

拍卖。拍卖不成

的,

出租人、

承租人可以各自对外询价,出售或出租租赁物,价高者买得或租得租赁物;出租人

不同意处分租赁物的,

可以委托有资质的机构对租赁物的价值进行评估,或者按照融资租赁合

同约定的租赁物折旧以及合同到期后租赁物的残值认定租赁物的价值。

## 第二十一章　承 揽 合 同

### 第一节　承揽合同概述

一、

承揽合同的界定与法律性质

承揽合同,

是指承揽人按照定作人的要求完成一定的工作,交付工作成果,定作人给付报

酬的合同(《合同法》第 2

5

1条)。其中,

完成工作并将工作成果交付给对方的一方当事人,

叫做

承揽人;

接受工作成果并向对方给付报酬的一方当事人,称为定作人;经过一定的工作并交付

工作成果,

为承揽合同的标的。此处所谓的工作成果,

包括有形的和无形的。有形的工作成果

称谓较多,

如产品、

成品、

工作物、

制作物、

完成物等。

承揽合同具有如下法律性质:

1.

承揽合同以完成一定工作并交付工作成果为目的。承揽合同中,承揽人应当按照与定

作人约定的标准和要求完成一定的工作,并交付工作成果,但工作成果为无形的除外;定作人

的主要目的是取得承揽人完成的该项工作成果。由此决定,

承揽人尽管努力工作了,

但未形成

符合约定的工作成果,

或工作成果虽然产生了但不符合约定的标准,也是违反合同,成立违约

责任,

除非具备其他的免责事由。

2.

承揽合同是定作人在承揽人完成一定的工作并交付工作成果时支付报酬的合同。此处

所谓的报酬,

是指承揽人完成工作并交付工作成果的对价,承揽合同必须约定报酬,故承揽合

同为有偿合同。报酬的支付时间,

必须在完成一定工作并交付工作成果后承揽人才有权请求,

即所谓“后付原则”。报酬的种类,

大多为货币,

也可以是货币以外的物,

或物的使用,

或劳务的

提供。报酬的数额,

当事人有约定的,从其约定;没有约定的,按照《合同法》第 6

2条第 2项的

规定确定。

3.

承揽合同为双务合同。承揽人负有完成工作并将工作成果交付定作人的义务,定作人

负有向承揽人支付报酬的义务,

且这两项义务立于对价关系,

因此承揽合同是双务合同。

4.

承揽合同为诺成、

不要式的合同。承揽合同,因双方当事人意思表示一致即可成立,故

为诺成合同。承揽合同无须采用特定的形式,

因此为不要式合同。

二、

承揽合同与类似概念的比较

(一)承揽合同与雇佣合同的异同

承揽合同和雇佣合同同属劳务供给合同,

合同目的的实现均有赖劳务的供给,

且两者均属

承诺、

不要式、

双务、

有偿的合同。这些共性不能抹杀两者的如下区别:(1)承揽合同关注的是



完成一定工作并交付工作成果,

而不在乎劳务的本体,完成一定工作并交付工作成果(劳务的

结果,

但在该结果无形时则不为交付)为合同的标的,

服劳务仅为一种手段或过程;

雇佣合同只

关注服劳务,

服劳务本身即为合同的标的。(2)承揽人提供劳务,须有结果(工作成果)才有权

请求工作人支付报酬,

仅有服劳务的事实尚不得请求报酬;与此不同,受雇人只要依约服劳务

了,

即可请求雇佣人支付报酬,

劳务有无结果不影响报酬请求权。这个差别使得承揽人负担的

风险要大于受雇人所负担的风险。(3)承揽人提供劳务原则上不受定作人的指挥监督, 具有独

立性,

故其从事承揽事项时侵害他人的权益,

定作人原则上不负损害赔偿责任;

与此有别,

受雇

人服劳务原则上须受雇佣人的指挥监督,不具有独立性,故其执行职务时侵害了第三人的权

益,

由用人单位负责(《侵权责任法》第 3

4条)。(4)法律尽管规定承揽人原则上应亲自完成主

要工作,

但有条件地允许第三人代为完成辅助工作甚至主要工作(《合同法》第 2

5

3条、第 2

5

4

条);

与之不同,

受雇人服劳务以亲自实施为必要,

专属性很强。

(二)承揽合同与悬赏广告

承揽合同和悬赏广告的共性表现在,

二者同属提供劳务的法律行为,

目的的实现均有赖于

劳务的提供,

都以一定结果的发生(完成一定工作或一定行为)为请求支付报酬的条件。承揽

合同和悬赏广告之间的差异表现在:(1)悬赏广告在学说上存在着合同说和单独行为说的分

歧,

若采单独行为说,

悬赏广告与承揽合同的区别不言自明;

若采合同说,

两者有无差异则须辨

别。从法释[2

0

0

9]5号第 3条的规定观察,

最高人民法院似乎采纳了合同说。本书赞同这一观

点,

进而找出如下四方面的不同点。(2)承揽合同为不 要 式 合 同,悬 赏 广 告 属 于 要 式 行 为。

(3)承揽合同为诺成合同,

悬赏合同属于实践合同。

〔1〕(4)承揽合同为双务合同,而悬赏合同

为单务合同。(5)在承揽合同场合,需要确定材料、工作成果的所有权归属于谁,且较为复杂; 还涉及定作人对承揽工作的监督等问题;

而悬赏广告则不存在此类问题。

三、

承揽合同的种类与分类

(一)承揽合同的种类

依承揽工作的具体内容的不同,

承揽合同可分为各种具体的合同种类,

兹按照《合同法》第

2

5

1条第 2款的规定,

简介如下:

1.

加工合同。加工合同是承揽合同中很常见的一种,

企业之间时常叫来料加工,是指定作

人向承揽人提供材料,

承揽人以自己的技能、

设备和劳力,

为定作人进行加工,

并将符合定作人

要求的成品交付给定作人,

定作人接受该成品并向承揽人支付报酬的合同。在加工合同场合, 材料必须由定作人提供,

而不得由承揽人自备。

2.

定作合同。定作合同,

中国台湾等民法学说称为制作物供给合同,俗称包工包料,是指

依合同约定,

由承揽人自己准备材料,

并以自己的技术、

设备和劳力对该材料进行加工,

按定作

人的要求制成特定产品,

将该产品交付给定作人,

定作人接受该产品并向承揽人支付报酬的合

同。定作合同与加工合同的区别,

首先在于材料的提供人不同,

随之而来的是法律适用上有无

〔1〕郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年第 6版,第 3

5

2页;刘春堂:《民法债编各论》(中),三民书局 2

0

0

7

年版,

第 3

1~3

2页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 3

8页;林诚二:

《民法债编各论》(中),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,

第 5

0页。



3

6

3

类推适用关于买卖合同的规定的不同。

3.

修理合同。修理合同是指定作人将损坏的物品交给承揽人修理,

承揽人以自己的设备、

技术和劳力将之修好后归还给定作人,

定作人接受该工作成果并向承揽人支付报酬的合同。

4.

复制合同。复制合同是指承揽人依定作人的要求,将定作人提供的样品重新依样制作

成若干份,

定作人接受该复制品并向承揽人支付报酬的合同。承揽人依照定作人的不同要求

可以采取不同的方式进行复制,

如对文稿的复印,

对画稿的临摹,

对雕像的模仿塑造等。

5.

测试合同。测试合同是指承揽人依定作人的要求,

以自己的技术、

仪器设备以及自己的

工作,

为定作人对定作人指定的项目进行测试,并将测试结果交付给定作人,定作人接受其成

果并向承揽人支付报酬的合同。

6.

检验合同。检验合同是指承揽人按照定作人的要求,

对定作人提出需要检验的内容,以

自己的设备、

仪器、

技术等进行检验,

并向定作人提出关于该检验内容相关问题的结论,

定作人

接受这一结论并向承揽人支付报酬的合同。

(二)承揽合同的分类

一般承揽合同,

简称为一般承揽,是指单纯由承揽人完成一定工作并交付工作成果,定作人支付报酬的合同。

特殊承揽合同,

简称为特殊承揽,是指不单纯由承揽人完成工作并支付工作成果,尚有特殊情况存在的承揽合同。它包括下列各种合同:

1.

次承揽合同,

简称为次承揽,

也叫再承揽,

是指承揽人自任为定作人,

复使他人承揽其工

作的全部或一部,

并支付报酬的承揽合同。相对于次承揽合同而言,

承揽人与定作人签订的承

揽合同叫做原承揽合同。由于《合同法》第 2

5

3条第 1款规定:“承揽人应当以自己的设备、技

术和劳力,

完成主要工作,

但当事人另有约定的除外”,

只有在当事人约定可由第三人完成承揽

工作的情况下,

才允许承揽人与他人订立次承揽合同。即使允许,按照《合同法》第 2

5

3条第 2

款的规定,

承揽人也应就次承揽人完成的工作成果向定作人负责。次承揽合同与原承揽合同

各为独立的承揽合同,

次承揽合同的成立、生效乃至效力如何,与原承揽合同无关。如果次承

揽合同不成立或无效,

不影响原承揽合同的效力。此时,

次承揽人与原定作人之间不发生权利

义务关系,

原定作人对次承揽人无完成工作并交付工作成果的请求权,次承揽人对原定作人无

报酬请求权。

〔2〕 除当事人有禁止约定或为承揽标的有专属性的以外,定作人不得对次承揽人

主张解除或终止承揽合同。

〔3〕 对于次承揽人完成工作的必要行为,定作人不得任意阻止,其工

作的完成需要定作人协助的,

定作人仍有协助义务。

〔4〕 原承揽人就次承揽人的故意或过失,应

与自己的故意或过失负同一责任。

〔5〕 《合同法》规定为原承揽人应当就次承揽人完成的工作

〔2〕 郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年第 6版,

第 3

4

9页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),姚志明校订,中

国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 3

2页;

林诚二:

《民法债编各论》(中),中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,第 4

2页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 2

5页。

〔3〕 史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 3

0

8页;

郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局

1

9

8

1年第 6版,

第 3

4

9页。

〔4〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 3

3页。

〔5〕 林诚二:

《民法债编各论》(中),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,

第 4

2页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),三民书局

2

0

0

7年版,

第 2

5页。

4

6

3　合同法(第六版)

成果向定作人负责(《合同法》第 2

5

3条第 2款)。原承揽合同无效或解除时,应理解为次承揽

合同因失去其标的而无效,

〔6〕

但也有主张次承揽合同的效力不受影响的。

〔7〕比较而言,前一

种观点更符合逻辑。

2.

不规则承揽合同,

简称为不规则承揽,

是指由定作人提供材料,

约明承揽人可以同种类、

品质、

数量的材料代替为一定工作并交付工作成果的承揽合同。《合同法》第2

5

6条第 2款关

于“承揽人不得擅自更换定作人提供的材料,

不得更换不需要修理的零部件”的规定,

并非否定

不规则承揽,

只是宣示现行法以一般承揽为原则,

仅在当事人约明或定作人同意的情况下才承

认不规则承揽。因为从该条款的文义可知,

只要承揽人不是擅自地,

而是经定作人同意或因双

方的约定更换定作人提供的材料的,

就应受到法律的保护。

第二节　承揽合同的效力

一、

对于承揽人的效力

(一)受领、

妥善保管和合理利用定作人提供材料的义务

承揽合同的典型形态,

即一般承揽,是由定作人提供材料。此类承揽合同又叫加工合同。

围绕着定作人提供的材料,

承揽人负有如下义务:

1.

受领定作人提供材料的义务。合同约定由定作人提供材料的,应依约定向承揽人交付

材料。承揽人对该材料应及时检验,

对合格的,

应当及时受领(《合同法》第 2

5

6条第 1款)。

2.

妥善保管的义务。受领定作人提供的材料之后,

承揽人负有妥善保管的义务(《合同法》

第 2

6

5条)。

3.

不得擅自更换材料的义务。承揽人不得擅自更换定作人提供的材料,不得更换不需要

修理的零部件(《合同法》第 2

5

6条第 2款),

但在不规则承揽合同的场合除外。承揽人违反此

类义务,

构成违约的,

应负损害赔偿等违约责任。

4.

合理利用材料的义务。承揽人应当合理使用定作人提供的材料,若使用不当导致该材

料浪费的,

应负损害赔偿的责任。

(二)通知义务

1.

对于定作人提供的材料,

经检验发现不符合约定的,

承揽人应当及时通知定作人更换、

补齐

或采取其他补救措施(《合同法》第 2

5

6条第 1款后段)。否则,

造成合同履行迟延的,

承揽人要承

担责任。检验定作人提供的材料,

未发现不符合合同约定情况的,

承揽人应接收并着手工作。

2.

对于定作人提供的图纸或技术要求,

承揽人发现不合理的,

应当及时通知定作人(《合同

法》第 2

5

7条前段)。

(三)承揽人自己提供材料的义务

有些承揽合同约定承揽人自己提供材料,此类承揽合同称作定作合同。定作合同中承揽

〔6〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 2

5页。

〔7〕 郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年第 6版,

第 3

5

0页。



人提供的材料亦应符合合同的约定。定作人有权检验承揽人提供的材料

是否符合合同的约

定。合同对材料的标准没有约定的,

可以按照定作物的性质和定作的目的来决定,

承揽人不能

以次充好。定作人检验后认为承揽人提供的材料不符合约定的,可以要求承揽人提供合格的

材料,

并在承揽人以后工作的过程中检查和监督承揽人的工作。承揽人提供不符合约定的材

料致使定作物存在质量缺陷的,

承揽人应对此应承担责任。定作人也有权要求承揽人重作、

修

理、

减少报酬或解除合同。如果依定作物的性质应当由定作人对材料进行检验, 而定作人未在

合理时期内对承揽人提供的材料进行检验的,

则视为定作人未对材料的质量提出异议。

(四)依法和依约完成承揽工作的义务

按照合同的约定,

以自己的设备、

技术和劳力完成所承揽的主要工作(《合同法》第 2

5

3条

第 1款前段),

是承揽人的主要义务。它表现在如下方面。

1.

承揽人应在合理期限内完成承揽工作

承揽合同成立后,

承揽人一般即应开始着手工作,

不得拖延。合同对于开始期限另有约定

的,

可以从约定的时间届至时着手工作。在承揽合同中,奉行“后付原则”,承揽人应先履行承

揽工作,

以其工作取得成果并交付给定作人之后,才可向定作人请求支付报酬。因此,承揽人

不得以定作人未支付报酬为由而主张同时履行抗辩,若想取得报酬,必须先履行承揽工作,除

非双方当事人约定了先行支付报酬或于开展承揽工作同时支付报酬。当然,如果当事人约定

由定作人先预付一部分报酬,

承揽人就可以该预付款未交付为由主张先履行抗辩权,暂时不开

展相应的承揽工作。再者,

如果合同约定由定作人首先提供材料而定作人并未按时提供,

或提

供的材料不符合约定,

经承揽人及时通知定作人未按要求更换、补齐或采取其他补救措施,以

致承揽人不能按时着手工作的,不得认定为承揽人违约(《合同法》第 2

5

6条第 1款的反面推

论)。还有,

承揽人着手工作前,

发现定作人提供的图纸或技术要求不合理并及时通知定作人

修改的(《合同法》第 2

5

7条),若因定作人修改而导致延期着手工作的,不成立违约责任。当

然,

承揽人因自己的原因而未按时着手开始工作的,

定作人有权请求其立即着手工作。

〔8〕

对开展和完成工作的期限有约定的,承揽人应当在约定的期限内完成工作。当事人对期

限没有约定的,

可由当事人双方协议补充,

达不成补充协议的,

按照交易习惯确定(《合同法》第

6

1条),

没有交易习惯可以遵循的,

定作人可请求承揽人即时开展工作,当然,要给承揽人必要

的准备时间,

所要求交付工作成果的时间也要合理(《合同法》第 6

2条第 4项)。

2.

承揽人应以自己的设备、

技术和劳力完成承揽工作

相对于买卖合同而言,承揽合同重视承揽人的技术、劳力和设备,就此来

说,承揽人似应

以其设备、技术和劳力,亲自完成承揽的工作,使其精神、智慧、特长物化在工作成果之中,使

定作人取得心仪的具有个性的物品。相对于雇佣合同、劳动合同而言,承揽合同较为关注工

作成果,而相对地忽视工作过程,就此来说,承揽人若将承揽工作交由第三人完成,只要工作

成果符合约定,也无可厚非。比较、权衡,取其中间作为原则,即承揽人应当以自己的设备、技

术、

劳力完成工作,

不得将其承揽的工作交由他人完成(《合同法》第 2

5

3条第 1款前段)。但如

果绝对如此,

有把承揽合同的本质属性僵化之嫌,

不如承认若干例外:

(1)当事人约定可由第三

人完成承揽工作的,

应依其约定(《合同法》第 2

5

3条第 1款后段);

(2)对于承揽人将其承揽工

〔8〕 史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 3

0

6~3

0

7页。

6

6

3　合同法(第六版)

作交由第三人完成,

定作人事后同意的,承认其合法性。当然,承揽人应就该第三人完成的工

作成果向定作人负责(《合同法》第 2

5

3条第 2款);(3)承揽人可以将其承揽的辅助工作交由

第三人完成,

但应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责(《合同法》第 2

5

4条);(4)承揽

人将其承揽的主要工作交由第三人完成,定作人不知或同意与否未予表态,但未解除承揽合

同,

应认定其同意。当然,承揽人应就该第三人完成的工作成果向定作人负责(《合同法》第

2

5

3条第 2款)。

上述所谓的主要工作,

是在个案中才能较为准确界定的概念,一般来说,是指在承揽工作

中起关键性、

决定性作用的工作。它有时指承揽工作的核心部分,如定作一辆汽车场合,制造

发动机为主要工作;

有时指在承揽工作中完成难度较大的部分,如定作电脑场合,制作主板为

主要工作;

有时指承揽工作的大部分数量,如定作一批信封,印刷大部分信封为主要工作。所

谓辅助工作,

系相对于主要工作而存在的概念,是指在承揽工作中不起关键性、决定性作用的

工作。例如,

定做西装,

承揽人将缝制西装纽扣的工作交由第三人,该缝制纽扣的工作即为辅

助性工作。

3.

承揽人完成的工作成果应当符合约定

承揽人应当严格遵守承揽合同的约定完成工作,形成工作成果(《合同法》第 2

6

2条的推

论)。承揽人只是开展了承揽工作,

没有形成工作成果,

不算适当地履行了合同义务,

通常要承

担违约责任。

(五)接受定作人检验、

监督的义务

承揽人完成工作期间,

定作人可以对承揽人的工作进行检验和监督,

承揽人不得拒绝其检

验和监督,

并且在不妨碍正常工作的情况下,应如实地向定作人反映工作进展的情况,不得隐

瞒工作中存在的问题(《合同法》第 2

6

0条)。定作人在检验、

监督承揽人工作中,

对于承揽人工

作中存在的不符合合同约定的行为,

可以要求承揽人及时修正,

承揽人不得拒绝。

(六)承揽人交付工作成果及必要的技术资料、

质量证明的义务

1.

法律依据及目的性限缩

《合同法》第 2

6

1条前段规定:

“承揽人完成工作的,

应当向定作人交付工作成果,

并提交必

要的技术资料和有关质量证明。

”在肯定该条规定的同时需要指出,

该条文义涵盖过宽,

应予限

缩,

因为有的承揽无须交付工作成果。一般来说,工作成果为有形的,需要交付;为无形的,原

则上无须交付,

但在个别情况下,

如学术上的创作,

仍须交付。工作成果无须交付的,

承揽人完

成了工作,

即为适当地履行了合同。

〔9〕

需要指出的是,

交付的形态并不整齐划一。移转工作成果的占有,为交付的表现形态;有

的即使没有移转占有,

亦为交付;

还有,有的交付,可以看作移转了工作成果的占有,也可以解

释为没有移转占有,

不妨笼统地说无须特别的交付。例如,

承揽人在定作人的场所为实施承揽

工作,

诸如在定作人家中为其制作家具,

或为定作人粉刷其住所的墙壁等,

就无须特别的交付。

于此场合,

承揽工作完成之日即视为交付之日。

〔9〕郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年第 6版,

第 3

5

4~3

5

5页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),姚志明校

订,

中国人民大学出版社2006年版,第42页;刘春堂:《民法债编各论》(中),三民书局2007年版,第33页;中国台湾地区“最高法院”1961年台上字第2705号判例。

2.

交付工作成果的地点和方式

关于工作成果的交付地点和方式,

当事人有约定的,

从其约定。当事人可以约定由承揽人

将工作成果直接送交给定作人,

也可以约定由定作人至承揽人处自行提货,还可以约定通过邮

政部门或运送人代为运送的方式交给定作人。在由承揽人送交的情况下,交付的地点为定作

人指定的地点;

如定作人未为指定的,一般为依合同目的可预测到的地点;如无法预测的则送

至定作人的住所地。定作人收到的日期为承揽人交付的实际日期。如约定由定作人自行提货

的,

一般交付地为承揽人完成工作的地点。承揽人通知定作人以后的合理日期为交付日期。

如约定由其他人代送的,

一般以送货人接收工作成果地为交货地,以其接受工作成果日期为实

际交付日期。

3.

工作成果所有权的归属和移转

工作成果为有体物的,

存在着该工作成果(工作物、

制作物或完成物)的所有权归属于谁以

及是否需要移转的问题。《合同法》对此未设明文规定,需要考察交易惯例,借鉴境内外的理

论,

解释《合同法》的有关规定,

区分情况而作判定。

无论承揽合同 为 何 种 类 型,只 要 当 事 人 明 确 约 定 了 工 作 成 果 所 有 权 的 归 属,就 依 其 约

定。

〔

1

0

〕 在约定工作成果归承揽人所有的情况下,承揽人负有将该工作成果的所有权移转给定

作人的义务。在当事人没有约定,

或约定无效的情况下,

应按以下规则处理:

(1)在一般承揽合同的情况下,

有学说认为,

工作物的所有权应归属于定作人(原始取得),

承揽人无移转工作物所有权的义务。

〔

1

1

〕 《合同法》第 2

6

4条关于“定作人未向承揽人支付报酬

或者材料费等价款的,

承揽人对完成的工作成果享有留置权,但当事人另有约定的除外”的规

定,

以及第 2

6

5条关于“承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果,因保管

不善造成毁损、

灭失的,

应当承担损害赔偿责任”的规定,

也暗含着工作物的所有权归属于定作

人的思想。

(2)在不规则承揽的情况下,

工作成果的所有权应归属于谁,与材料所有权是否移转给承

揽人有关。如果采取通说,

则工作成果(工作物)的所有权自应先归承揽人(原始取得),

然后再

由承揽人移转给定作人(继受取得)。

〔

1

2

〕如果采取新说,则工作成果(工作物)的所有权由定作

人原始取得。

〔

1

3

〕《合同法》关于承揽合同的规定,没有一个条文包含工作成果归承揽人所有的

意思,

与新说在结论上相一致。

(3)在定作合同(制作物供给合同)的场合,工作成果(工作物)所有权的归属和移转也要

区分情况而定:

其一,

工作成果(工作物)为动产,定作人提供承揽工作所附基础的场合,该工作成果的所

有权归定作人。

〔

1

0

〕刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

4页。

〔

1

1

〕邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 4

3页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

4页。

〔

1

2

〕 戴修瓒:

《民法债编各论》(上),三民书局 1

9

6

4年版,第 1

6

5页;史尚宽:《债法各论》,荣泰印书馆股份有限公司

1

9

8

1年第 5版,

第 3

1

0页;

郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年第 6版,

第 3

5

2页。

〔

1

3

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 3

4页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 2

7页。

8

6

3 合同法(第六版)

其二,

工作成果(工作物)为动产,定作人未提供承揽工作所附基础时,仅由承揽人以自己

的材料,

进行工作而完成工作成果的。例如西装店提供布料供顾客选择,

而为顾客量身制作西

装。通说认为,

此类工作成果应先归承揽人原始取得,然后再由承揽人按照买卖的规定,移转

其所有权归定作人。

〔

1

4

〕 不过,如今的倾向是认定定作人原始取得该工作成果的所有权。〔15〕

其三,

工作成果为不动产,

定作人提供承揽工作所附基础,而由承揽人提供自己的材料实

施承揽工作的,

例如,

承揽人用自己的油漆粉刷定作人的房屋,于此场合,按照附合规则,该工

作成果的所有权由定作人原始取得。

其四,

工作成果为动产,

定作人和承揽人共同提供材料时,

工作成果所有权的归属,

应区分

情况而定。一是材料的主要部分由定作人提供的,

工作成果的所有权归属于定作人,

其道理与

上文关于材料由定作人提供的情况相同,此处不再赘述。二是材料的主要部分由承揽人提供

的,

按照通说,

工作成果的所有权应先归承揽人取得,

然后移转给定作人。如果采取新说,则工

作成果(工作物)的所有权则由定作人原始取得。

〔

1

6

〕三是材料由定作人和承揽人提供而不能

区别主要部分时,

除当事人另有约定的以外,

工作物所有权的原始取得,

应依加工的规则确定,

即由定作人原始取得其所有权,才符合当事人的意思。

〔

1

7

〕工作成果为动产,材料属于第三人

的,

因该第三人和定作人或承揽人之间并无承揽合同关系,所以应按照附合或加工的规则确定

工作成果所有权的归属。

〔

1

8

〕该第三人如因附合或加工规则而丧失工作成果所有权时,可主张

侵权损害赔偿或不当得利返还。

4.

交付必要的技术资料和质量证明的义务

承揽人向定作人交付工作成果时,还应当交付该工作成果的必要的技术资料和质量证明

(《合同法》第 2

6

1条前段)。承揽人未向定作人提交工作成果所必要的技术资料和有关质量证明

的,

违反从给付义务的,

成立违约责任。定作人可以据此拒收工作成果,

并得请求承揽人予以补

齐。

(七)剩余材料的返还

定作人提供给承揽人材料场合,

承揽人完成工作后剩余材料的,

应予返还。定作人对该剩

余材料享有返还请求权,

其请求权基础,

为《物权法》第 3

4条规定的物的返还请求权,

也可以是

《民法通则》第 1

3

4条第 1款第 4项规定的返还财产请求权。承揽人不返还的,虽不影响承揽

合同的效力及工作成果交付的效果,

但构成对定作人所有物的不法侵占,定作人可以追究承揽

人的侵权责任。

(八)保密义务

承揽人应当按照定作人的要求保守保密,未经定作人许可,不得留存复制品或技术资料

〔
1
4
〕史尚宽:
《债法各论》,
荣泰印书馆股份有限公司 1
9
8
1年第 5版,
第 3
1
0页;
郑玉波:
《民法债编各论》(下),
三民书局
1
9
8
1年第 6版,
第 3
5
8页;
黄立编:
《民法债编各论》(下),杨芳贤执笔,台湾元照出版有限公司 2

0

0

7年版,第 5

8

4

页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

3页

〔

1

5

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 4

3页。

〔

1

6

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 3

4页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 2

7页。

〔

1

7

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 4

0~4

1页。

〔

1

8

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 4

1页。

第二十一章　承揽合同

9

6

3

(《合同法》第 2

6

6条)。否则,

承揽人应承担违约责任。

(九)物的瑕疵担保责任

承揽人交付的工作成果不符合质量要求的,

定作人可以要求承揽人承担修理、

重作、

减少报

酬、

赔偿损失等违约责任(《合同法》第 2

6

2条)。该物的瑕疵担保责任的构成要件包括:

(1)必须

是工作成果存在瑕疵。(

2

)在工作成果无须交付的情况下,

瑕疵必须在工作完成时存在;

在工作

成果必须交付的情况下,

瑕疵必须在交付前存在。(3)必须是非因定作人指示或其所提供材料

而生的瑕疵。瑕疵担保的救济方式,

包括修理、

重作、

减少报酬、

损害赔偿、

解除合同等。

〔

1

9

〕

(十)迟延责任与不完全履行责任

承揽人未能在约定的期限届满时完成承揽工作,

包括未能按期交付工作成果,

构成迟延履

行,

定作人有权请求其承担迟延履行的违约责任,

如支付约定的违约金,

或请求损害赔偿。

承揽人完成的工作不符合要求,

交付的工作成果有瑕疵,

按照瑕疵担保责任独立于违约责

任、

二者呈竞合关系的观点,

〔

2

0

〕

定作人也可以请求承揽人承担不完全履行的违约责任。

(十一)共同承揽人的连带责任

《合同法》第 2

6

7条规定:“共同承揽人对定作人承担连带责任,但当事人另有约定的除

外。

”此处所谓的“共同承揽人”,

应解释为对同一承揽事务负共同完成工作义务的多数人,

即多

数承揽人共同承揽同一工作且彼此之间无次承揽关系的情形,不包括次承揽关系中的承揽人

和次承揽人,

而仅指对定作人均负直接完成承揽工作义务的多数承揽人。此处所谓“当事人另

有约定的除外”,

其中的“当事人”,

应限于承揽人和定作人,

而不包括承揽人为多数时其内部协

议约定责任划分份额时各承揽人互为当事人的情形。共同承揽人关于责任划分的协议仅为其

内部约定,

不得对抗定作人,

除非定作人参与制定并同意各承揽人的约定对自己有约束力。

(十二)承揽人的留置权

定作人未向承揽人支付报酬或材料费等价款的,

承揽人对完成的工作成果享有留置权,

但

当事人另有约定的除外(《合同法》第 2

6

4条)。

二、

对于定作人的效力

(一)定作人向承揽人支付报酬的义务

定作人获得承揽人的工作成果,

应当及时向承揽人支付报酬。这里所说的“报酬”,

包括承

揽人的工作报酬、

承揽人提供材料时的材料费、

定作人提供材料时或其迟延接收时承揽人的保

管费用等。这是定作人最主要的合同义务。

关于报酬的支付期限,

当事人双方有约定的,

从其约定。没有约定或约定不明确的,

双方可以

协议补充。达不成补充协议的,

按照交易习惯确定。也没有交易习惯的,

定作人应当在承揽人交

付工作成果时支付;

工作成果部分支付的,

定作人应当相应支付(《合同法》第 2

6

3条、

第 6

1条、

第

6

2条)。无须交付工作成果的,

待承揽工作完成,

即应支付报酬。学说称之为报酬后付主义。

承揽人尚未交付工作成果时,

无须交付工作成果的承揽合同场合尚未完成工作时,

无权请

求定作人支付报酬,

除非当事人双方存在相反的约定;承揽人若请求支付报酬,定作人可以援

〔

1

9

〕 较为详细的论述,

参见崔建远:

《合同法》(第 2版),

北京大学出版社 2

0

1

3年版,

第 5

4

5~5

4

7页。

〔

2

0

〕详细论述,

参见崔建远:

《债权:

借鉴与发展》(修订版),

中国人民大学出版社 2

0

1

4年版,

第 7

4

9~7

5

9页。

0

7

3　合同法(第六版)

用《合同法》第 6

7条或第 6

6条的规定予以抗辩。

关于报酬的数额,

当事人双方有约定的,从其约定。没有约定或约定不明确的,双方可以

协议补充。达不成补充协议的,

按照交易习惯确定(《合同法》第 2

6

3条、第 6

1条)。所谓交易

习惯,

是以该工作成果交付时当地同种类工作的一般报酬为准。如承揽人的工作缺少可资参

考的标准的,

则以其过去同类工作的报酬为标准。

报酬不以货币为限,

只要当事人同意,

以其他物代替亦无不可。

定作人迟延交付报酬的,

应向承揽人支付迟延期间的利息。定作人拒不支付报酬的,承揽

人对工作成果可以行使留置权,

通过留置担保其报酬请求权的实现。

(二)定作人的协助义务

《合同法》第 2

5

9条前段规定:

“承揽工作需要定作人协助的,定作人有协助的义务。

”这是

诚实信用及协作履行诸原则的当然体现,具体表现在如下方面:(1)依合同性质应由定作人提

供材料的,

定作人应当及时提供(《合同法》第 2

5

6条第 1款)。如标的物为不动产的,

定作人应

使该不动产处于可供工作的状态。(2)定作人自己提供设计图纸、技术要求或技术资料的,或

定作人提供样品的,

定作人均应及时、

合理提供(《合同法》第 2

5

7条的推论)。(3)依承揽人的

通知,

定作人应履行的某些协助义务,如及时更换、补齐有瑕疵的材料或技术资料、图表设计

等。此外,

如定作人给承揽人提供生活条件、

工作环境等。(4)定作人不履行协助义务的,

构成

违约行为,

承揽人可以确定合理期限催促其履行。该期限届满仍未履行的,

承揽人可以解除合

同(《合同法》第 2

5

9条后段)。由于该解除合同系基于定作人的违约行为而为,

是合法的,

而非

不法,

承揽人不承担因此而造成承揽工作无法完成的责任。

(三)受领工作成果的义务

定作人是否有受领承揽人所完成的工作成果的义务,有不同的观点。瑞士民法规定定作

人对承揽人已完成的工作部分,有受领及支付其价值的义务。《德国民法典》第 6

4

0条规定定

作人有受领义务。中国台湾地区“民法”认为一般不存在定作人的受领义务,仅在承揽人供给

材料的承揽中,

定作人方有受领义务。中国大陆学者则多认为定作人有受领义务。

〔

2

1

〕

定作人在受领工作成果的同时,有义务对工作成果进行验收。但是验收本身并不能作为

承揽人免除承担责任的理由。如工作成果依其性质在短期内难以发现瑕疵,或是工作成果存

在隐蔽瑕疵的,

定作人仍可于验收后的相当期限内请求承揽人承担责任。受领不能被认

为是

对于责任追究的放弃。

定作人如无正当理由受领迟延的,

承揽人可请求其受领并支付相应的报酬和费用,

包括违

约金、

保管费用等。定作人并应承担因其受领迟延而发生的工作成果毁损灭失的风险。

〔

2

1

〕王家福主编:

《中国民法学·民法债权》,

法律出版社 1

9

9

1年版,

第 7

0

0页。



第三节　承揽合同中的风险负担〔22〕

一、

材料的风险负担

所谓材料的风险负担,

是指在承揽合同中,

定作人或承揽人所提供的材料一旦由于不可归责

于双方当事人的事由毁损、

灭失所造成的损失由谁来承受的问题。在此,

应遵循民法上标的物毁

损、

灭失风险负担的一般规则,

即由材料的所有人负担材料毁损、

灭失的风险,

但当事人另有约定

的除外。

二、

工作成果的风险负担

所谓工作成果的风险负担,

是指承揽人业已完成的工作成果一旦由于不可归责于双方当

事人的事由毁损、

灭失,

工作成果本身所遭受的损失由谁来承受。在定作人自始即可取得工作

成果的所有权的承揽合同中,

由于不存在物权变动的问题,因此应遵循民法上标的物毁损、灭

失风险负担的一般规则,

即由工作成果的所有人,

即定作人负担工作成果毁损、

灭失的风险,

但

当事人另有约定的除外。在承揽人首先取得工作成果的所有权,而后在当事人之间须进行财

产所有权的转移的承揽合同中,

由于存在物权变动的问题,应参照适用买卖合同标的物毁损、

灭失风险负担的有关规定,

工作成果的风险在交付以前由承揽人承担,在交付以后由定作人承

担,

但当事人另有约定或者法律另有规定的除外。

三、

报酬的风险负担

所谓报酬的风险负担,

当事人另有约定的,依照其约定;没有约定的,按照如下规则处理: (1)由定作人自始取得工作成果所有权的,

在承揽人业已完成的工作成果由于不可归责于双方

当事人的事由毁损、

灭失的情况下,报酬的风险应依据这两部分价值之间的比例关系,由定作

人和承揽人合理负担,即承揽人只能依照定作人承担风险的比例主张报酬的支付。这主要

是因为工作成果既包括定作人提供材料所形成的价值,也包括承揽人提供劳务所形成的价

值。(2)在承揽人完成工作成果时,由承揽人首先取得工作成果所有权的,此时在承揽人业

已完成的工作成果由于不可归责于双方当事人的事由毁损、灭失的情况

下,承揽人不能够履

行的是交付工作成果并转移工作成果的所有权于定作人的义务,报酬的风险负担应适用《合

同法》第 9

4条第 1项的规定,即由承揽人负担报酬的风险,承揽人不得向定作人主张报酬的

支付。

〔

2

2

〕王利明、

房绍坤、

王轶:

《合同法》,

中国人民大学出版社 2

0

0

4年版,

第 4

1

6~4

1

7页。

2

7

## 第四节 承揽合同的终止

一、

承揽合同因协议而终止

当事人可以约定承揽合同的期限,期限届至时合同当然终止。当事人双方也可以协议解

除合同,

合同因当事人达成协议而解除。

二、

承揽合同因行使解除权而终止

当事人行使合同解除权的终止,

包含两种情况:(1)对于定作人于合同成立后因各种原因

不再需要承揽人继续完成工作的,

允许定作人随时以赔偿承揽人的损失为代价而解除合同,可

以避免更多的浪费(《合同法》第 2

6

8条)。(2)承揽合同因当事人一方严重违约而解除(《合同

法》第 9

4条第 3项、

第 4项)。此处所谓的违约,

主要包括如下情形:

A.

承揽人未依约按时完成

合同工作义务而使其工作于定作人已无意义的;B.承揽人未经定作人同意将承揽合同的主要

工作转由第三人完成的;

C.定作人在检验监督中发现承揽人工作中存在问题,经向承揽人提

出,

而承揽人拒不更改的;

D.

定作人未尽到协助义务,

经承揽人通知仍不履行的,

等等。以上各

种情况出现时,

当事人均可行使合同解除权,

有损害存在的可同时请求损害赔偿。

## 第二十二章　建设工程合同

### 第一节　建设工程合同概述

一、

建设工程合同的界定与法律性质

建设工程合同,

是指承包人进行工程建设,

发包人支付价款的合同(《合同法》第 2

6

9条第 1

款)。它包括勘察合同、

设计合同和施工合同。建设工程合同脱胎于一般承揽合同,在具有一

般承揽合同的法律性质的同时,

也具有其特殊性,

独立出来更利于其发展。建设工程合同具有

如下法律性质,

也是其独立的理由:

1.

合同的标的物仅限于基本建设工程。建设工程合同的标的物主要是作为基本建设工程

的各类建筑物、

地下设施附属设施的建筑,

以及对线路、

管道、

设备进行的安装建设。

2.

合同的主体存在限制。建设工程合同的主体受有限制,发包人一般为建设工程的建设

单位(甲方),

即投资建设该项工程的单位;承包人只能是具有从事勘察、设计、建筑、安装资格

的法人。并且,

承包人按其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和完成的建筑业绩等资

质条件,

分为不同的资质等级,

只有取得相应的资质等级,才能在其资质等级许可的范围内承

包相应的工程。根据法释[2

0

0

4]1

4号的规定,

承包人未取得建筑施工企业资质或超越资质等

级的,

或没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的,建设工程施工合同无效

(第 1条)。当然,

承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同,

在建设工程竣

工前取得相应资质等级,

当事人请求按照无效合同处理的,

不予支持(第 5条)。

3.

建设工程合同具有较强的国家管理性。由于建设工程的标的物为不动产,工程建设对

国家和社会生活的方方面面影响较大,

在建设工程合同的订立和履行上,建设工程合同具有强

烈的国家干预的色彩。因此,

《合同法》第 2

7

3条规定:

“国家重大建设工程合同,

应当按照国家

规定的程序和国家批准的投资计划、

可行性研究报告等文件订立”。

4.

建设工程合同具有程序性。因为基本建设工程建设周期长、质量要求高、涉及的方面

广,

各阶段的工作之间有一定的严密程序,如大多采取招标、投标的程序签订合同。尤其是采

取 FI

DI

C条件(土木工程施工合同条件)的建设工程合同,

通知、

签收、

异议等更是必不可少,

且

程序要求严格,

所以,

建设工程合同具有程序性的特点。

5.

建设工程合同具有要式性。法律要求建设工程合同采取书面形式(《合同法》第 2

7

0

条)。这是国家对基本建设实行监督管理的需要,也建设工程 合 同 的 签 订 大 多 经 过 招 标 投

标程序、履行经常需要发包方派 驻 工 地 代 表、监 理 工 程 师 和 承 包 人 会 签 文 件 等 特 点 所 要 求

的。

7

3 合同法(第六版)

二、

建设工程合同的分类

(一)勘察合同、

设计合同与施工合同

按照工程建设的基本阶段划分,

建设工程合同分为勘察合同、

设计合同与施工合同。

1.

勘察合同,

即发包人与勘察人为完成建设工程地理、

地质等情况的调查研究工作而达成

的协议。因为勘察工作是一项专业性很强的工作,所以筹建单位一般都要把勘察工作委托给

专门的地质工程单位完成。勘察合同就是反映并调整筹建单位与受托地质工程单位之间关系

的依据。《合同法》将勘察合同的主要内容概括为如下几项:其一,提交勘察基础资料及其期

限;

其二,

勘察的质量要求;

其三,

勘察费用;

其四,

其他协作条件(第 2

7

4条)。

2.

设计合同,

一般包括两种合同:一种是初步设计合同,即在建设项目立项阶段设计人为

项目决策提供可行性资料的设计而与筹建单位签订的初步设计合同;另一种是在国家计划机

关批准立项之后,

设计人与筹建单位就具体施工设计达成的施工设计合同。这两种设计合同

虽然内容有所差别,

但法律关系的本质具有共性。

〔1〕

3.

施工合同,

即发包人(建设单位)和承包人(施工单位)为完成商定的建设施工工程, 明确

相互间的权利、

义务的协议。依照施工合同,施工单位应完成建设单位交给的施工任务,建设

单位应按照规定提供必要条件并支付工程价款。

(二)总合同、

年度合同、

总承包合同、

分承包合同与独立的建设工程合同

按照建设工程合同联系的结构划分,

建设工程合同分为总合同、

年度合同、

总承包合同、分

承包合同与独立的建设工程合同。

1.

总合同与年度合同

总合同与年度合同主要用于建设单位和施工单位发生长期联系的大中型工程项目的场

合。所谓总合同,

是指建设单位(发包人)与施工单位(承包人)根据批准的计划、

初步设计和总

概算或预算,

签订的总协议。双方当事人可以根据总合同进行施工准备工作。所谓年度合同, 是指建设单位(发包人)和施工单位(承包人)每年依据批准的年度基本建设计划,以及所列工

程的概算或预算,

签订的年度施工分合同或单项工程分合同。施工单位(承包人)根据年度合

同进行施工。

〔2〕 总合同和年度合同的当事人是一致的,但其订立依据和作用有所不同。总合

同确定了双方当事人在整个工程施工期内的相互关系,保证着双方关系的稳定性和建设工程

的连续性。总合同是年度合同的基础,

年度合同是对总合同的具体化,

其明确了双方在当年完

成的工程任务或单项工程上的具体权利义务。

〔3〕

2.

总包合同与分包合同

分包合同,

有两种意义和类型。第一种意义和类型的分包合同,简称为分包,是指发包人

将一项或数项建设工程发包给几家承包人,

由这几家承包人分别承包相应的工程(《合同法》第

2

7

2条第 1款前段)。其中所谓的“几家承包人”就是分包人。第二种意义和类型的分包合同, 虽然也简称为分包,

却是指工程的总承包人或勘察人、设计人、施工人等承包人与第三人签订

〔1〕 谢怀総等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 4

6

0页。

〔2〕 谢怀総等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 4

6

0~4

6

1页。

〔3〕 谢怀縂等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 4

6

1页。

第二十二章　建设工程合同

5

7

3

的勘察、

设计、

施工的承包合同(《合同法》第 2

7

2条第 1款中段)。当一项工程由几家设计单位

参加设计,

如委托其中一家设计单位总承包时,也可以签订设计总承包合同和设计分承包合

同。其中所谓的“承包人”,

又叫“总承包人”,

简称为“总包人”;

所谓的“第三人”,

称作分包人。

与第二种意义和类型的分包合同相对应的是总包合同,

简称为总包,

即发包人将整个建设

工程交由一家具备相应资质条件的总承包人,

由其对整个建设工程负责(《合同法》第 2

7

2条第

1款前段)。

在总包合同和(第二种意义和类型)分包合同的架构下,

各分包人分别对建设工程的勘察、

设计、

建筑、

安装阶段的质量、

工期、

工程造价等与总发包人产生债权、

债务关系。

在第二种意义和类型的分包中,按照《合同法》和《建筑法》的规定,总承包人(或是承包

人,

或是勘察人,

或是设计人,

或是施工人)与分包人签订分包合同,必须具备以下条件:(1)工

程分包须经过发包人的同意。(2)被分包的工程只能是承包人、

勘察人、

设计人、

施工人承包的

部分工作。《合同法》吸收了《建筑法》的规定,

禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给

他人,

禁止承包单位将其承包的全部工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人(第 2

7

2条第

2款)。另外,

对于采用总承包形式进行施工的,

总承包人还必须自行完成建设工程主体结构的

施工,

而不能将施工工程的主体部分分包给他人承担,这与其他承包合同中只要求承包人完成

部分工作,

其余均可分包给他人完成是有区别的(第 2

7

2条第 3款)。(3)分包人须具备相应的

资质,

且只能分包一次。因此,

总承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位,以及分包

人将其承包的工程再次分包的行为,

均为法律所明文禁止,这一行为无效(《合同法》第 2

7

2条

第 3款,

法释[2

0

0

4]1

4号第 4条)。

需要注意的是,

建设工程的分包和转包是两个既有密切联系,

又有明显区别的概念。第一

种意义和类型的分包与转包完全不同,

即根本不存在总承包人,

只有发包人与分包人。于此场

合,

需要注意的是,

发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给
几

个承包人(《合同法》第 2

7

2条第 1款后段)。需要特别注意的是,第二种意义和类型的分包与

转包的区别是:

第二种意义和类型的分包,是指工程的(总)承包人经发包人同意后,依法将其

承包的非主体工程部分地交给第三人完成的行为。转包则是指承包人以营利为目的,将承包

的工程整体地交由其他施工单位建造,

或将主体工程交由其他施工单位建造,自己收取管理费

的情形。

对于因分包工程对发包人产生的侵权责任和违约责任,发包人既可以请求承包人、勘察

人、

设计人、

施工人和分包的第三人共同予以赔偿,

也可以单独向承包人、

勘察人、

设计人、施工

人请求赔偿,

还可以直接向分包人请求赔偿,

承包人、

勘察人、

设计人、

施工人进行赔偿后,有权

利根据建设工程分包合同的约定,对不属于自己的赔偿责任向第三人追

偿。这种连带责任的

法律设计,

突破了分包的第三人只按分包合同对承包人、勘察人、设计人、施工人负责的规定, 增加了分包单位直接对发包人的赔偿责任,

这有利于分包单位正确适当地履行合同,促进建设

工程的现场管理,

也强化了对发包人利益的保护(《合同法》第 2

7

2条第 2款)。

3.

建设工程分包合同与劳务分包合同

与上述建设工程分包合同不同的有劳务分包合同。所谓劳务分包合同,是指建设工程的

承包人将其所包工程的劳务作业发包给劳务作业的单位,即劳务承包人, 该劳务承包人对承包

人负责的合同。稍微详细些说:

(1)劳务承包人对劳务分包范围内的工程质量向工程承包人负

6

7



责,

未经工程承包人的许可或授权,不得擅自与发包人及有关部门建立工作联系。换句话说, 相对于发包人而言,

劳务承包人并非合同主体。(2)劳务承包人必须依法、依约完成所包劳务

作业;

不然,

劳务承包人向工程承包人承担责任,

而非直接向发包人承担责任。(3)劳务承包人

必须服从工程承包人转发的发包人及工程师的指令。

具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、

分包人签订的劳务分包合同,

当事人以转包

建设工程违反法律规定为由请求确认无效的,

不予支持(法释[2

0

0

4]1

4号第 7条)。没有劳务

作业法定资质的单位与工程承包人签订劳务分包合同的,

该合同不具有法律效力。

4.

独立的建设工程承包合同

独立的建设工程承包合同的联系结构是,发包人就工程项目的勘察设计或施工工作分别

签订建设工程合同。这种情况发生在同一项工程由一家或几家勘察设计单位或施工单位参加

勘察设计或施工的场合。在这种结构中,

各个承包人之间不发生合同联系,

各自仅就其承担的

工作分别向发包人负责。

〔4〕

## 第二节　建设工程合同的订立

一、

建设工程合同的订立概述

建设工程合同的订立,

当事人虽可洽商,但必须遵守国家规定的程序。例如,一个工程项

目的确定,

首先要立项,

即由有关业务主管部门和建设单位提出项目建议书,报经有关计划机

关批准。立项后进行可行性研究,

编制计划任务书,

选定工程地址。只有在计划任务书被批准

后,

才可根据计划任务书签订勘察、

设计的合同。只有在勘察、

设计合同履行后,

才能根据批准

的初步设计、

技术设计、

施工图和总概算等签订施工合同。

〔5〕

在各种建设工程合同中,

由于当事人之间的权利、义务关系复杂,建设质量、建设周期、工

程价款等可变因素较多,

为减少和防止国有资产的流失,法律提倡该类合同的签订采用招标、

投标形式进行。《招标投标法》第 3条第 1款规定,在中华人民共和国境内进行下列工程建设

项目包括项目的勘察、

设计、

施工、

监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,必须

进行招标:

(1)大型基础设施、

公用事业等关系社会公共利益、

公众安全的项目;

(2)全部或部分

使用国有资金投资或国家融资的项目;

(3)使用国际组织或外国政府贷款、

援助资金的项目。

二、

当事人的资格

建设工程合同的当事人,

必须是法人,

自然人、

合伙、

个体工商户及其他非法人组织不得成

为发包人和承包人。对于承包人的资格,法律要求得更为严格。《建筑法》第 1

2条规定,从事

建筑活动的建筑施工企业、

勘察单位、

设计单位和工程监理单位,应当具备下列条件:(1)有符

合国家规定的注册资本;

(2)有与其从事的建筑活动相适应的具有法定执业资格的专业技术人

〔4〕 谢怀栻等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 4

6

3页

〔5〕 谢怀栻等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 4

7

1页。

第二十二章　建设工程合同

7

7

3

员;

(3)有从事相关建筑活动所应有的技术装备;

(4)法律、

行政法规规定的其他条件。

三、

建设工程合同的条款

按照《合同法》第 2

7

4条的规定,勘察设计合同的条款包括:勘察、设计合同的内容包括提

交有关基础资料和文件(包括概预算)的期限、

质量要求、

费用以及其他协作条件等条款。

根据《合同法》第 2

7

5条的规定及积累的经验,

施工合同应含有如下主要条款:

1.

具体的施工工程范围,

一般应附上工程项目一览表及其工程量,

主要包括工程名称及地

点,

建筑物的栋数、

结构、

层数、

面积,

等等。

2.

建设工期。建设工期是施工人完成施工工程的时间或期限。

3.

中间交工工程的开工和竣工时间。

4.

工程质量。根据《标准化法》第 2条第 1款第 4项的规定, 对建设工程的设计、

施工方法

和安全要求需要统一的技术要求,应当制定标准。据此对建筑、安装工程的质量标准,国家制

定了一系列的质量标准,

并制定了专门的《技术工程质量监督管理规定》,

由建设主管部门对工

程质量进行监督。

5.

工程造价。工程造价因采用不同的定额计算方法,

会产生巨大的价款差额。在以招标、

投标方式签订的合同中,

应以中标时确定的金额为准;如按初步设计总概算投资包干时,应以

经审批的概算投资中与承包内容相应部分的投资(包括相应的不可预见费)为工程价款。如按

施工图预算包干,

则应以审查后的施工图总预算或综合预算为准。在建筑、安装合同中,能准

确确定工程价款的,

需予以明确规定。如在合同签订当时尚不能准确计算出工程价款的, 尤其

是按施工图预算加现场签证和按时结算的工程,

在合同中需明确规定工程价款的计算原则,具

体约定执行的定额、

计算标准,

以及工程价款的审定方式等。

6.

技术资料交付时间。工程的技术资料,如勘察、设计资料等,是进行建筑施工的依据和

基础,

发包方必须将工程的有关技术资料全面、

客观、

及时地交付给施工人,

才能保证工程的顺

利进行。

7.

材料和设备的供应责任。

8.

拨款和结算。工程价款的结算方式和付款方式因采用不同的合同形式而有所不同。在

一项建筑安装合同中,

采用何种方式进行结算,需双方根据具体情况进行协商,并在合同中明

确约定。对于工程款的拨付,

需根据付款内容由当事人双方确定,

具体有如下四项:

预付款、工

程进度款、

竣工结算款、

保修扣留金。

9.

竣工验收。对建设工程的验收方法、程序和标准,国家制定了相应的行政法规予以规

范。

1

0.

质量保修范围和质量保证期。施工工程在办理移交验收手续后,在规定的期限内,因

施工、

材料等原因造成的工程质量缺陷,要由施工单位负责维修、更换。国家对建筑工程的质

量保证期限一般都有明确的要求。

1

1.

相互协作条款。施工合同与勘察、

设计合同一样,

不仅需要当事人各自积极履行义务,

还需要当事人相互协作,

协助对方履行义务,如在施工过程中及时提交相关技术资料、通报工

程情况,

在完工时及时检查验收等。



第三节　建设工程合同的无效及其后果

一、

建设工程合同无效的原因

建设工程合同除适用《合同法》第 5

2条关于合同无效的规定以外,

还有一些特殊的无效原

因,

法释[2

0

0

4]1

4号第 1条、第 4条等在这方面设有若干规定,梳理起来,计有如下无效的原

因:

1.

为保障建设工程质量,

现行法对于承包人实行资质管理制度,

承包人未取得建筑施工企

业资质或超越资质等级,却签订建设工程合同,则该合同无效(第 1条第 1项)。不过,承包人

超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同,在建设工程竣工前取得相应资质等级, 当事人请求按照无效合同处理的,

人民法院不予支持(第 5条)。

2.

没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的,与发包人签订建设工程合

同的,

合同无效(第 1条第 2项、

第 4条后段)。这有助于达成现行法所实行承包人资质制度的

目的。

3.

建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的,

合同无效(第 1条第 3项)。

4.

承包人非法转包、

违法分包建设工程的,建设工程合同无效(第 4条前段)。不过,具有

劳务作业法定资质的承包人与总承包人、

分包人签订的劳务分包合同,当事人以转包建设工程

违反法律规定为由请求确认无效的,

不予支持(第 7条)。

5.

与备案的中标合同不同的合同。所谓备案的中标合同,俗称“阳”合同,或“白”合同,是

指按照《招标投标法》及有关招标投标的法规、规章的规定,遵循招标投标的程序,依法签订的

建设工程合同。所谓与备案的中标合同不同的合同,

俗称“阴”合同,或“黑”合同,是指当事人

双方私自签订的不同于中标合同的建设工程合同。此类“阴”合同,
或“黑”合同,

一般都变更了

中标的合同价款,

或改变了其他条款,

违反了《招标投标法》的规定及其精神,因此不具有法律

效力。从这个意义上讲,

也可以说此类合同无效。

二、

建设工程无效的处理

(一)关于工程款的结算依据

当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容

不一致的,

即所谓“阴”合同,或“黑”合同,应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据

(法释[2

0

0

4]1

4号第 2

1条)。

(二)关于工程款、

有关费用的支付

建设工程施工合同无效,

但建设工程经竣工验收合格,

承包人请求参照合同约定支付工程

价款的,

应予支持(法释[2

0

0

4]1

4号第 2条)。建设工程施工合同无效,且建设工程经竣工验

收不合格的,

按照以下情形分别处理:

(1)修复后的建设工程经竣工验收合格,

发包人请求承包

人承担修复费用的,

应予支持;

(2)修复后的建设工程经竣工验收不合格,

承包人请求支付工程



价款的,

不予支持。因建设工程不合格造成的损失,发包人有过错的,也应承担相应的民事责

任(法释[2

0

0

4]1

4号第 3条)。

(三)关于垫资利息的计算与返还

当事人对垫资和垫资利息有约定,承包人请求按照约定返还垫资及其利息的,应予支持, 但是约定的利 息 计 算 标 准 高 于 中 国 人 民 银 行 发 布 的 同 期 同 类 贷 款 利 率 的 部 分 除 外 (法 释

[2

0

0

4]1

4号第 6条第 1款)。建设工程合同无效的场合,

对于垫资利息的计算与返还,也应当

如此处理。当事人对垫资利息没有约定,

承包人请求支付利息的,

不予支持(法释[2

0

0

4]1

4号

第 6条第 3款)。

(四)关于罚款、

没收

承包人非法转包、

违法分包建设工程或没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企

业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据《民法通则》第 1

3

4条规

定,

收缴当事人已经取得的非法所得(法释[2

0

0

4]1

4号第 4条)。

第四节　建设工程合同的效力

建设工程合同属承揽合同的特殊存在形式,应适用承揽合同的一般规定。本节仅介绍建

设工程合同在效力上不同于承揽合同效力的一些相关内容。

一、

承包人、

发包人的合同义务

(一)承包人的义务

1.

承包人的容忍义务

承包方有义务接受发包人在不妨碍承包人正常作业的情况下对工程进度和工程质量进行

必要的监督,

对发包人的检查,

承包人应予以支持和协助(《合同法》第 2

7

7条)。发包人检查的

内容主要包括两项:

一是对工程进度进行检查。二是对工程质量的检查权,

即发包方代表或监

理工程师享有随时检查工程施工行为、工程材料与设备质量的检查权。在检查中若发现承包

工程质量与合同约定或法律法规的规定不符的,

发包方代表或监理工程师有权提出纠正意见,

要求承包方进行补修或返工,

承包方应接收发包方指令,

及时改正,

以保证工程质量。但是,发

包人不能滥用检查权,

不能因检查而影响工程的正常作业(《合同法》第 2

7

7条)。如果发包人

的检查影响到工程的正常作业,

承包方有权在说明理由的基础上予以拒绝。

2.

承包人在工程隐蔽前的通知义务及发包人怠于检查的责任

在一个整体的建设工程中,

有许多中间工程,特别是有一些需要隐蔽的工程,如为一项整

体工程而铺设的自来水、

煤气等地下管线工程。对这些隐蔽工程的检查验收一般要先于主体

工程,

如果在覆盖隐蔽工程后再与主体工程一道检查验收,则需要重新开挖,揭去隐蔽工程上

的泥土等覆盖物,

必然会增加不必要的费用。《合同法》第 2

7

8条在衡平发包人和承包人利益

的基础上,

确定了如下规则:

(1)承包人的通知义务。即在隐蔽工程隐蔽前,

承包方应及时通知

发包人进行检查,

以确定工程质量是否符合合同约定和法律法规规定的要求。怠于通知或未

0

8

3 合同法(第六版)

及时通知造成的损失,由承包人承担。(2)对于发包人没有及时检查的情况下,《合同法》第

2

7

8条规定,

即使发包人没有及时对隐蔽工程进行检查,

承包人也不能自行检查后将工程隐蔽。

同时,

法律赋予承包人可以顺延工程日期,并享有请求赔偿停工、窝工损失的权利来对承包人

予以救济。这样规定,

一方面保护了承包人的利益,另一方面,其主要目的在于尽可能地保证

隐蔽工程的质量,

防止因发包人未对工程进行检查而带来工程隐患。

(二)发包人的义务

1.

对工程的验收义务

首先,

关于验收的依据问题。对于发包人验收所应遵循的依据,

《合同法》第 2

7

9条规定了

以下三项:

(1)施工图纸及说明书。在一项工程中,

一般都需经过勘察、

设计、

建筑安装诸阶段,

建筑安装的施工通常以设计的图纸为依据,但在施工过程中,往往会对设计图纸予以更改,因

此,

如果设计图纸与施工图纸不一致的,

验收时就应以施工图纸为准。施工图纸及说明书是承

发包合同的有机组成部分,

是对承包人施工条款的具体化,对工程的验收自应将其作为重要依

据。(2)国家颁发的施工验收规范。(3)国家颁发的建设工程质量检验标

准。

其次,

关于建设工程验收的主体问题。《合同法》第 2

7

9条规定,建设工程竣工后,应由发

包人进行验收。这值得赞同,

因为合同法是规定平等主体之间债权、债务关系的法律,建设工

程合同中,

发包人和承包人分别为双方当事人,

合同法仅应对二者的权利、

义务进行规范,

这与

政府有关部门对建设工程的管理分属于不同的范畴。

最后,

当事人对建设工程实际竣工日期有争议的,

按照以下情形分别处理:

(1)建设工程经

竣工验收合格的,

以竣工验收合格之日为竣工日期;

(2)承包人已经提交竣工验收报告,

发包人

拖延验收的,

以承包人提交验收报告之日为竣工日期;

(3)建设工程未经竣工验收,

发包人擅自

使用的,

以转移占有建设工程之日为竣工日期(法释[2

0

0

4]1

4号第 1

4条)。另外,当事人约

定,

发包人收到竣工结算文件后,

在约定期限内不予答复,

视为认可竣工结算文件的,

按照约定

处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的,

应予支持(法释[2

0

0

4]1

4号第 2

0条)。

2.

支付价款的义务

发包人在对建设工程验收合格后,应按合同的约定,扣除一定的保证金后,将剩余工程的

价款按约定方式支付给承包人。但需注意的是,因承包人的过错造成建设

工程质量不符合约

定,

承包人拒绝修理、

返工或改建,

发包人请求减少支付工程价款的,应予支持(法释[2

0

0

4]1

4

号第 1

1条)。当事人对建设工程的计价标准或计价方法有约定的,

按照约定结算工程价款(法

释[2

0

0

4]1

4号第 1

6条第 1款)。当事人约定按照固定价结算工程价款,一方当事人请求对建

设工程造价进行鉴定的,

人民法院不予支持(法释[2

0

0

4]1

4号第 2

2条)。因设计变更导致建

设工程的工程量或质量标准发生变化,

当事人对该部分工程价款不能协商一致的,可以参照签

订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或计价标准结算工程价款(法

释[2

0

0

4]1

4号第 1

6条第 2款)。

建设工程施工合同有效,

但建设工程经竣工验收不合格的,

工程价款结算参照法释[2

0

0

4]

1

4号第 3条规定处理(法释[2

0

0

4]1

4号第 1

6条第 3款),

即按照以下情形分别处理:(1)修复

后的建设工程经竣工验收合格,

发包人请求承包人承担修复费用的,

应予支持;

(2)修复后的建

设工程经竣工验收不合格,

承包人请求支付工程价款的,

不予支持。建设工程不合格造成的损

失,

发包人有过错的,

也应承担相应的民事责任。

第二十二章　建设工程合同

1

8

3

关于支付工程款的日期,

合同有约定,依其约定;当事人对付款时间没有约定或约定不明

的,

下列时间视为应付款时间:

(1)建设工程已实际交付的,

为交付之日;

(2)建设工程没有交付

的,

为提交竣工结算文件之日;

(3)建设工程未交付,工程价款也未结算的,为当事人起诉之日

(法释[2

0

0

4]1

4号第 1

8条后段)。

3.

接收建设工程的义务

同时发包人应与承包人办理移交手续,

正式接收该项建设工程,

发包人可按自己的意图使

用此建筑物,

承包合同的主要条款即告履行完毕,

对该工程的诸多风险,

自接收之日起,

即由承

包人转移到发包人。

二、

发包人、

承包人的责任

(一)发包人的责任

1.

发包人未按约定时间和要求提供相关材料、

资料等情况下的责任

建筑工程合同中,

对材料和设备的供应方式往往有明确规定。除法律、

法规规定必须由发

包人供应的外,

均可由双方自行约定物资供应方式,即发包人、承包人既可采用包工不包料的

方式,

也可采用包工全包料或包工半包料的方式。如果按照发包人、承包人的约定或国家法

律、

法规的规定,

承包人对建筑工程采取包工不包料或包工半包料的方式,则发包人应负责材

料和设备的全部或部分供应。如果发包人未按约定的时间和要求提供原材料、

设备的,

即构成

违约。依据法释[2

0

0

4]1

4号第 9条的规定,

发包人提供的主要建筑材料、

建筑构配件和设备不

符合强制性标准或者不履行合同约定的协助义务,

致使承包人无法施工,且在催告的合理期限

内仍未履行相应义务,

承包人请求解除建设工程施工合同的,

应予支持。

所谓发包人提供场地,

是指发包人负责办理的正式工程和临时设施所需土地使用权的征

用、

民房的拆迁、

施工用地和障碍物拆除等许可证。发包人应按期完成这些工作,为承包人提
供符合合同要求的施工场地;

否则,

构成违约。

发包人需按照合同的约定,

在开工前或施工过程中提供建设资金,

如果不按照约定时间和

支付方式提供工程价款的,

需承担相应的责任。

技术资料是建设工程得以顺利进行的技术保障。发包人应当按照合同的要求,及时全面

地提供相关的技术资料,

不得无故拖延或隐匿;

否则,

应承担违约责任。

在发包人有上述违约行为的情况下,《合同法》第 2

8

3条规定了发包人应承担如下责任:

(1)顺延工程日期的责任。(2)赔偿停工、

窝工等损失。承包人承包建筑工程后,

即会按照合同

约定组织人员、设备、原材料等进入施工现场。发包人不按照约定时间提供原材料、设备、场

地、

资金、

技术资料,

会直接引起承包人施工现场的停工或窝工,使因施工而购进的原材料、设

备等处于闲置状态,

造成施工的技术人员、管理人员和工人停工或窝工,导致承包人遭受额外

的损失。对此,

发包人应按因此造成的实际损失对承包人予以赔偿。

2.

因发包人的原因致使工程停建、

缓建的责任

在建筑工程的建设进行过程中,

由于发包人的种种原因,

如资金缺乏、

原材料短缺等,往往

会导致工程的停建或者缓建。《合同法》第 2

8

4条对发包人在工程中途停建、

缓建时,

应承担的

义务和责任作了明确的规定。

(1)发包人有义务采取措施弥补或者减少损失,

以防止损失的扩大。建设工程的停建或缓



建,

往往会造成一定的损失,

发包人有义务采取措施,

尽量避免给自身造成不必要的损失。

(2)发包人对承包人的赔偿责任。因发包人的原因导致工程停建、缓建后,承包人按合同

约定投入的人员、

物资等需要重新作出调整,往往会造成建设工程的停工、窝工、倒运、机械设

备调迁、

材料和构件积压等,

给承包人带来额外的损失和费用,发包人应按承包人的实际损失

予以赔偿。

3.

发包人对勘察人、

设计人的责任

发包人将一项工程的勘察、

设计委托给勘察人、

设计人后,

勘察人、

设计人即按合同约定开

展勘察、

设计工作。发包人则应严守合同的规定,

不得随意更改勘察、

设计的内容,

并应按合同

约定,

全面、

准确、

及时地提供勘察、

设计所需的资料、

工作条件等。如果发包人违反合同约定,

单方更改合同条款,

或不尽协助履行义务,

都会导致相同的损害后果,

即会使勘察人、

设计人支

出额外的工作量,

从而使得勘察、

设计费用不合理地增加。由于该部分增加的工作量和相关费

用是由发包人的违约行为所引起的,

合同法将发包人的此种违约责任的承担方式规定为,发包

人应按照勘察人、

设计人实际消耗的工作量增付费用,即按照勘察人、设计人所受到的实际损

失承担赔偿责任(《合同法》第 2

8

5条)。

4.

发包人未按约付款时的责任

法释[2

0

0

4]1

4号规定,

当事人约定按照固定价结算工程价款,

一方当事人请求对建设工程

造价进行鉴定的,

不予支持。当事人约定有支付工程款时间的,从其约定(第 2

2条)。没有约

定或约定不明确的,

下列时间视为应付款时间:

建设工程已实际交付的,

为交付之日;

建设工程

没有交付的,

为提交竣工结算文件之日;

建设工程未交付,

工程价款也未结算的,

为当事人起诉

之日(第 1

8条后段)。对于发包人未按约定支付价款的,发包人应承担逾期付款的违约责任。

当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的,按照约定处理;没有约定的,按照中国人民银

行发布的同期同类贷款利率计息(第 1

7条)。利息从应付工程价款之日计付(第 1

8条前段)。

如果发包人不向承包人支付价款,

《合同法》第 2

8

6条在综合考虑的基础上,

根据承包人享

有的工程款债权的性质,直接赋予承包人优先权,并对优先权的实现作了如下具体的规定: (1)优先权实现的时间。发包人虽未按约支付价款,

但这并不立即使承包人得实现优先权。在

发包人尚未支付价款时,

承包人还需对发包人进行催告,给发包人规定支付价款的合理期限, 在期限届满后仍不支付的,

发包人方可行使优先权。(2)优先权的实现方式。法律对建设工程

合同中承包人优先权的实现规定了两种方式:

一是通过发包人与承包人之间的协议,

对建设工程

进行折价,

承包人在支付折价款与工程价款的差额后,

取得该项建设工程的所有权,

从而使其工程

价款债权得以实现。二是对建设工程进行拍卖。拍卖需要在人民法院的主持下进行, 这样更能保

护发包人的利益,

防止承包人低价拍卖给发包人带来损害。由承包人在拍卖所得价款中优先受

偿。

最高人民法院于 2

0

0

2年 6月 2

0日颁布的《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》,

就审判实践中遇到的与建设工程价款优先受偿权有关的几个问题确立了如下规则: (1)优先受

偿权担保的建设工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支

出的费用,

不包括承包人因发包人违约所造成的损失。(2)优先受偿权担保的债权得优先于其

他民事主体的债权,

也优先于其他民事主体在建设工程上设定的抵押权所担保的债权。(3)消

费者交付购买商品房的全部或大部分款项后,

承包人的优先受偿权不得对抗买受人。(4)建设

3

8

3

工程承包人行使优先权的期限为 6个月,自建设工程竣工之日或建设工程合同约定的竣工之

日起计算。

5.

关于使用未经验收或验收不合格的工程的责任问题

建设工程必须经过验收后由发包人正式接收该项工程后方可投入使用。工程的验收是发

包人对承包人所承建工程的质量符合合同约定和法律规定的标准的确认。《合同法》对使用未

经验收或验收不合格工程的责任问题增加了相应的规制内容:“建设工程竣工经验收合格后, 方可交付使用;

未经验收或者验收不合格的,

不得交付使用”(第 2

7

9条后段)。“建设工程未经

竣工验收,

发包人擅自使用后,

又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的,

不予支持;

但是

承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任”(法

释[2

0

0

4]1

4号第 1

3条)。

(二)承包人的责任

1.

勘察人、

设计人的违约责任

勘察、

设计的质量不符合要求或未按照期限提交勘察、设计文件拖延工期,造成发包人损

失的,

勘察人、

设计人应当继续完善勘察、

设计,

减收或免收勘察、

设计费并赔偿损失(《合同法》

第 2

8

0条)。

2.

建筑工程施工人的违约责任

因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的,发包人有权要求施工人在合理期限内

无偿修理或返工、

改建。经过修理或返工、

改建后,

造成逾期交付的,

施工人应当承担违约责任

(《合同法》第 2

8

1条)。

3.

承包人的侵权责任

因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身和财产损害的,承包人应当承

担损害赔偿责任(《合同法》第 2

8

2条)。

上述承包人的违约责任与侵权责任有时会产生竞合,

可适用责任竞合规则予以处理。

三、

建设工程合同的解除

建设工程合同约定解除权产生的条件的,

依其约定;

无此类约定的,

应当适用《合同法》第 9

3

条、

第 9

4条等条款,

以及法释[

2

0

0

4

]

1

4号的下列规定:

“承包人具有下列情形之一,

发包人请求解

除建设工程施工合同的,应予支持:(一)明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的; (二)合同约定的期限内没有完工,

且在发包人催告的合理期限内仍未完工的;

(三)已经完成的建

设工程质量不合格,

并拒绝修复的;

(四)将承包的建设工程非法转包、违法分包的”(第 8条)。

“发包人具有下列情形之一,

致使承包人无法施工,

且在催告的合理期限内仍未履行相应义务,

承

包人请求解除建设工程施工合同的,

应予支持:

(一)未按约定支付工程价款的;

(二)提供的主要建筑

材料、

建筑构配件和设备不符合强制性标准的;

(三)不履行合同约定的协助义务的”(第 9条)。

建设工程施工合同解除后,

已经完成的建设工程质量合格的,

发包人应当按照约定支付相

应的工程价款;

已经完成的建设工程质量不合格的,参照法释[2

0

0

4]1

4号第 3条的规定处理

(第 1

0条第 1款),

即修复后的建设工程经竣工验收不合格,承包人无权请求支付工程价款。

因一方违约导致合同解除的,

违约方应当赔偿因此而给对方造成的损失(法释[2

0

0

4]1

4号第

1

0条第 2款)。

# 第二十三章　运 输 合 同

## 第一节　运输合同概述

一、

运输合同的界定与法律性质

运输合同,

又称运送合同,

是指承运人将旅客或货物从起运地点运输到约定地点,

旅客、托

运人或收货人支付票款或运输费用的合同(《合同法》第 2

8

8条)。其中,承运人是以运输旅客

或物品为营业,

而收取运费的当事人;

旅客、

物品为运输的对象。

运输合同的法律性质如下:

1.

运输合同以运输行为为标的。所谓运输,又称运送,是指利用交通工具,将旅客或物品

运至一定目的地的事实行为。这是从行为的角度观察所得出的界定。若从营业的角度看,运

输营业,

也叫运输业,

是指以运送旅客或物品为目的,而收取运费的营业。

〔1〕 从合同的层面界

定,

运输合同是以运输行为为标的的合同。

2.

运输合同原则上为双务、

有偿的合同。在运输合同中,承运人负有按约定期间、约定路

线将旅客或货物运送到约定地点的义务(《合同法》第 2

9

0、

2

9

1条),

旅客、

托运人或收货人负有

按规定支付票款或运费的义务(《合同法》第 2

9

2条),

两种义务互为对价关系,

故运输合同属于

双务、

有偿的合同。但作为例外情形,运输合同也有无偿的情况,如运送救济品或运送身高未

达一定高度的小孩,

即属免费运输。

3.

运输合同一般为诺成合同。双方当事人意思表示一致,

运输合同即告成立,

不以交付标

的物为要件,因此显示出诺成性。至于货运合同场合,托运单、提单的填发,以及客运合同场

合,

车票、

船票或机票的发行,

均非运输合同的成立要件,

不是运输合同为实践合同的证据。不

过,

需要注意的是,

中国曾有相当长的时期将货物运输合同作为实践合同,

因此,

民间某些货物

运输在当地的交易习惯或当事人明确约定为实践合同的话,

应尊重其习惯、

约定。

4.

运输合同多为格式合同。运输合同多为由承运人提供的、为了重复使用而预先拟定的

格式条款,

旅客或托运人在订立合同时只有同意或不同意的权利,而无讨价还价的余地。客

票、

货运单、

提单等均为依照专门法规统一印制,

运费一般也是执行统一的标准。当然,

这并不

排除有的运输合同不采用格式合同的形式,

而由双方协商订立。

5.

运输合同具有社会性、

公益性。运输合同为人们的生活、

生产所必需,

特别是公共运输,

其面向社会公众,

承运人的运输行为除了商业性,

更有公益性,

还有垄断性。有鉴于此,

为满足

〔1〕刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 4

0

7页。

5

8

3

人们生活、

生产的需要,

法律不能不予以特别规制,以保护广大旅客和托运人的权益。

〔2〕《合

同法》第 2

8

9条规定:

“从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。

”

这承认了强制缔约。

二、

运输合同的分类

运输合同范围广泛,

种类繁多,

采用不同的标准,

可有不同的分类。(1)以运输的对象为标

准,

可将运输合同分为旅客运输合同和货物运输合同;

(2)以运输工具为标准,

运输合同可分为

铁路运输合同、

公路运输合同、航空运输合同、水上运输合同、海上运输合同及管道运输合同

等;

(3)以承运人的多少为标准,

运输合同可分为单一运输合同和联合运输合同。

## 第二节 客 运 合 同

一、

### 客运合同概述

客运合同,

即旅客运输合同,

是承运人与旅客关于承运人将旅客及其行李安全运输到目的

地,

旅客为此支付运费的协议。客运合同除具备运输合同的一般法律性质以外, 还具有如下法

律特征:

(1)客运合同是旅客与承运人关于运输旅客的协议,客运合同的目的是承运人按时将

旅客安全送达目的地,

因此,

客运合同的标的即为运输旅客的行为。(2)客运合同通常采用票

证形式,

其表现形式为车票、船票、机票,合同的价款、运输时间、运输路线都由承运人事先拟

定,

旅客只能在购票或不购票之间进行选择,一般没有讨价还价的余地,因此表现出格式条款

性。(3)客运合同包括运送旅客行李的内容。承运人运输旅客的同时,必

须按照公告的规定, 随同运输旅客一定数量的行李;

对于超过规定数量的旅客的行李,

旅客得凭客票办理托运。

二、

客运合同的成立

旅客运输合同自承运人向旅客交付客票时成立,

但在一些特殊情况下,

旅客运输合同非自

承运人向旅客交付客票时起成立,

而是按照当事人约定或交易习惯确定合同成立时间(《合同

法》第 2

9

3条)。例如,

在旅客先乘上运输工具、再补票的情况下,承运人向旅客交付客票的行

为,

不再是合同成立的标志。旅客欲乘运输工具是要约,

承运人准其乘上运输工具是承诺。因

此,

自旅客乘上运输工具之时起,

合同即告成立,只不过此时当事人之间的旅客运输合同非为

书面形式。而其后旅客的补票行为,

不再是合同成立要件,

只不过是将已成立的非书面合同书

面化而已。

三、

客运合同的效力

(一)旅客的义务

1.

支付票款的义务。票款是承运人承运的对价,

支付票款是旅客的主要义务(《合同法》第

〔2〕 魏振瀛主编:

《民法》(第 4版),

郭明瑞执笔,

北京大学出版社、

高等教育出版社 2

0

1

0年版,

第 5

2

1页。

6

8

3 合同法(第六版)

2

8

8、

2

9

2条)。

2.

持有效客票乘运的义务。客票为承运人有义务运送客票持有人的书面凭证,是收到旅

客承运费用的收据。客票并非旅客运输合同的书面形式,但却是证明旅客运输合同的唯一凭

证,

也是旅客乘运的唯一凭证。因此,无论采用哪一种运输方式,旅客均须凭有效客票才能承

运(《合同法》第 2

9

4条前段),

除特别情形外,

不能无票承运。旅客无票乘运、

超程乘运、

越级乘

运或持失效客票乘运的,

应当补交票款,承运人可以按照规定加收票款。旅客不交付票款的, 承运人可以拒绝运输(《合同法》第 2

9

4条后段)。遗失车票的旅客补交票款后,举证成功其确

实购票并付清了票款的,

有权请求承运人退还补交的票款。

3.

按客票记载的时间乘坐的义务。旅客应当按照客票记载的时间乘坐。旅客因自己的原

因不能按照客票记载的时间乘坐的,

应当在约定的时间内办理退票或变更手续。逾期办理的,

承运人可以不退票款,

并不再承担运输义务(《合同法》第 2

9

5条)。

4.

遵守承运人告知的安全事项,

限量携带行李的义务。旅客在乘坐运输工具时,有权按照

与承运人之约定,

免费携带一定数量的行李。当然,超过限量携带行李的,应当办理托运手续

(《合同法》第 2

9

6条)。

5.

旅客不得随身携带或在行李中夹带易燃、

易爆、

有毒、

有腐蚀性、

有放射性以及有可能危

及运输工具上人身和财产安全的危险物品或者其他违禁物品(《合同法》第 2

9

7条第 1款)。此

条是为保证运输安全,

法律赋予旅客应遵守的特定义务。旅客违反该款规定的,

承运人可以将

违禁物品卸下、

销毁或送交有关部门。旅客坚持携带或夹带违禁物品的,

承运人应当拒绝运输

(《合同法》第 2

9

7条第 2款)。此外,

还可能成立行政责任乃至刑事责任。

(二)承运人的义务

1.

重要事项的告知义务。承运人应当向旅客及时告知有关不能正常运输的重要事由和安

全运输应当注意的事项(《合同法》第 2

9

8条)。所谓有关不能正常运输的重要事项,是指因承

运人的原因或天气等原因使运输时间迟延,

或运输合同所约定的车次、航班取消等影响旅客按

约定时间到达目的地的事项。所谓安全运输应当注意的事项,是指在运输中为保障旅客的人

身、

财产安全,

需要提醒旅客注意的事项。

2.

按照客票运输的义务。客票上所载明的时间、班次经承运人和旅客双方当事人意思表

示一致,

从而成为合同内容的重要组成部分,

承运人只有按客票载明的时间、

班次运输,

才属于

全面、

适当地履行了合同。对于承运人未按客票载明的时间和班次进行运输的,旅客有权要求

安排改乘其他班次或退票(《合同法》第 2

9

9条)。此外,运输路线是承运人承担运输业务所需

经过的路线。在作为旅客运输合同的票证上,一般对运输路线没有明确约定。但是,在铁路、

公路、

航空、

水运等领域,

运输主管部门和运输企业为了运输安全、便利和快捷,对运输路线往

往都有统筹的计划和安排。运输路线的选择,

影响着运输时间,

故承运人应当按照约定的或通

常的运输路线将旅客运输到约定地点(《合同法》第 2

9

1条)。

3.

依法确定票价的义务。承运人对各种客票的价款应予公告,运输合同应当执行统一规

定的票价和运费。承运人不得违反国家的规定收取票款或运费。

4.

保障旅客人身安全的义务。运输合同生效后,承运人负有将旅客安全送达目的地的义

务,

即在运输中承运人应保证旅客的人身安全。

5.

尽力救助的义务。承运人在运输过程中,应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客



(《合同法》第 3

0

1条)。对承运人科以这种附随义务,

强化了对旅客的保护,

很有必要。

(三)承运人的赔偿责任

1.

承运人对运输过程中旅客伤亡的赔偿责任

承运人负有将旅客安全送达目的地的义务,故对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责

任,

但伤亡是旅客自身健康原因造成的或承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外

(《合同法》第 3

0

2条第 1款)。该规则也适用于按照规定免票、持优待票或经承运人许可搭乘

的无票旅客(《合同法》第 3

0

2条第 2款)。

需要指出的是,

《合同法》对承运人赔偿的限额未作出规定,

一方面反映出立法者试图用完

全赔偿原则来指导旅客运输合同中承运人的赔偿责任,以周全保护旅客;另一方面也反映出立

法者考虑到承运人作为公用事业单位的特殊性,在承运人和旅客的利益衡平上处于难以作出

明确选择的两难境地。这还有待于以后的法律、

法规和司法解释予以进一步的阐释,

在没有新

的立法出台前,

各承运人通过合法途径制定的关于赔偿数额限制的规定仍将在实践中得以适

用。

2.

承运人对运输过程中旅客行李毁损、

灭失的赔偿责任

由承运人负有安全运输义务决定,

在运输过程中,

旅客自带行李毁损、

灭失的,

承运人有过

错的,

应当承担损害赔偿责任(《合同法》第 3

0

3条第 1款)。所谓旅客自带行李,

是指旅客在运

输中按照约定的限量携带的行李(《合同法》第 2

9

6条)。旅客用托运的方式运输行李与其他货

物运输,

在运输方式、

当事人的权利义务上完全相同,

故旅客托运的行李毁损、

灭失的适用货物

运输的有关规定(《合同法》第 3

0

3条第 2款)。

(四)客运合同的变更和解除

1.

因旅客自身原因导致的变更或解除

旅客运输合同成立后,

在合同履行之前(承运开始前),

旅客因自己的原因不能按照客票记

载的时间乘坐的,

可以在法定或约定的时间内变更或解除合同,即变更客票记载或办理退票手

续(《合同法》第 2

9

5条前段)。于此场合,

承运人除按规定收取一定比例的手续费外,

应按旅客

的要求变更客运合同的内容,

或将剩余票款退还给旅客,

承运人不得拒绝变更或解除。旅客逾期

办理退票或变更手续的,

承运人可以不退票款,

并不再承担运输义务(《合同法》第 2

9

5条后段)。

旅客运输合同中,旅客能否变更合同,与其乘坐的运输工具及所购票的种类有较大的关

系。例如,

在旅客航空运输合同中,

如果旅客购买的是全价机票,

在一定时间内,

可在机场免费

签转其他航班,

即变更了原来的运输合同;

如果购买的是打折机票,

则按民航运输的有关规定,

不得签转,

旅客如提前到达机场,

或延误了航班,

要改乘其他航班的,

只能重新购买机票。

2.

因承运人的原因导致的变更或解除

承运人迟延运输的,

应当根据旅客的要求安排改乘其他班次或退票(《合同法》第 2

9

9条)。

所谓改乘其他班次,

就是变更运输合同。所谓退票,

就是解除运输合同。在退票时应当返还旅

客已付的票款,

不得另外收取手续费。

在客运合同中,

采用何种运输工具进行旅客运输是合同的主要内容之一,

运输工具往往标

示着承运人向旅客提供的运输服务的质量和水平,旅客有权接受与运输合同所载明的运输工

具相对等的服务。承运人单方变更运输工具的,

应视为一种违约行为。为了周到、

妥当地保护

旅客的权益,

在承运人擅自改变运输工具的情况下,

《合同法》第 3

0

0条区分不同情况作出了规



定:

(1)承运人擅自变更运输工具而降低服务标准的,

旅客有权要求退票或减收票款。(2)承运

人变更运输工具,

提高服务标准的,

无权向旅客加收票款。

第三节　货 运 合 同

一、

货运合同概述

货运合同是指承运人将托运人交付运输的货物运送到约定地点,

托运人支付运费的合同。

其中,

承运人是以运输货物为营业而收取运费的当事人。托运人为以自己名义与承运人签订

运输合同,

委托其运输的当事人。在通常情况下,

托运人为托运货物的所有权人,

个别场合(如

承揽运输)也可能不是所有权人。收货人则为于货物运输到达目的地时,托运人所指定应向之

交付托运货物的当事人。收货人大多为托运人和承运人以外的第三人,有时则为托运人自己。

货运合同为运输合同的一种,

除具有运输合同的一般法律性质以外,

还具有如下重要属性:

1.

货运合同往往涉及第三人。货运合同由托运人与承运人双方订立,托运人与承运人为

合同的当事人,

但托运人既可以为自己的利益托运货物,

也可以为第三人的利益托运货物。托

运人既可以自己为收货人,

也可以指定第三人为收货人。在第三人为收货人的情况下,

收货人

虽不是订立合同的当事人,

但却是合同的利害关系人,

且享有对托运人的直接请求权。在此情

况下的货运合同即属于为第三人利益订立的合同。

2.

货运合同以将货物交付给收货人为履行完毕。货运合同与客运合同一样,

均是以承运

人的运输行为为标的。但是,

客运合同中承运人将旅客运输到目的地,其义务即履行完毕;而

货运合同中,

承运人将货物运输到目的地,

其义务并不能完结,

只有将货物交付给收货人后,

其

义务才告履行完毕。

二、

货运合同的订立

货运合同一般以托运人提出运输货物的请求为要约,

承运人同意运输为承诺,

双方就主要

条件达成一致,

合同即告成立。

从事公共运输的承运人,

为了广揽货源,扩大经营,常将其经营的运输路线和始发和抵达

的具体时间以时刻表(如船期表)的形式,张贴于营业场所或在报纸等媒体上发布。托运人根

据需要向承运人或其代理人提出托运申请,

按照《合同法》第 3

0

4条第 1款关于“托运人办理货

物运输,

应当向承运人准确表明收货人的名称或者姓名或者凭指示的收货人, 货物的名称、

性质、

重量、

数量,

收货地点等有关货物运输的必要情况”的规定,

将这些信息填入托运单,

承运人根据托

运内容,

结合运输路线、

舱位等情况决定是否托运。如接受托运即在托运单上盖章或签字(海上货

物运输还要注明船名),

合同就此成立。从事航次(班次)出租运输的承运人一般直接与托运人

(有时通过经纪人)接触,

经过谈判,

协商一致,

各自在合同上签字、

盖章,

合同即告成立。

〔3〕

〔3〕 谢怀縂等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 5

0

2~5

0

3页。

第二十三章　运输合同

9

8

3

三、

货运合同的效力

(一)托运人的权利

托运人的权利主要有以下各项:

有权要求承运人按照合同约定安全、准时地运输货物;在

承运人将货物交付收货人之前,

有权请求承运人中止运输、退还货物、变更到达地或将货物交

给其他收货人(《合同法》第 3

0

8条);

在收货人拒绝受领货物时,

有权获得承运人的通知并在合

理期限内有权对货物的处理作出适当的指示;

对因承运人的原因造成的托运货物的毁损、灭失

有权请求损害赔偿(《合同法》第 3

1

1条前段)。

(二)托运人的义务

1.

如实申报的义务。托运人办理货物运输,应当向承运人准确表明收货人的名称或姓名

或凭指示的收货人,

货物的名称、

性质、重量、数量,收货地点等有关货物运输的必要情况(《合

同法》第 3

0

4条第 1款)。所谓有关货物运输的必要情况,包括货物在运输过程中是否需要特

殊照顾等情况。托运人若不如实填报托运单,

不仅会给以后的运输工作增添麻烦,

而且往往会

使承运人遭受损失。有鉴于此,

《合同法》第 3

0

4条第 2款规定:“因托运人申报不实或者遗漏

重要情况,

造成承运人损失的,

托运人应当承担损害赔偿责任”。

2.

依约交运货物的义务。托运人依约交运货物,系承运人展开承运工作的前提,因此,托

运人自然须负依约提供拟托运货物的义务。

3.

按规定向承运人提交审批、检验等文件的义务。在货物运输中,根据运输货物的种类、

性质及国家的计划安排等,

有的货物的运输需要得到有关部门的批准,有的货物需要先经过有

关机关的检验方可进行运输。因此,

《合同法》第 3

0

5条明确要求托运人对需要办理审批、

检验

手续的货物运输,

应将办完有关手续的文件提交承运人。

4.

妥善包装的义务。在托运人的包装义务方面,《合同法》第 3

0

6条第 1款确定了如下规

则:

(1)合同中对包装方式有约定的,

托运人有按照约定方式包装货物的义务。(2)合同中对包

装方式没有约定或约定不明确时,包装方式的确定须遵循一定的标准。对包装方式没有约定

或约定不明确的,

按照《合同法》第 1

5

6条关于“……对包装方式没有约定或者约定不明确,依

照本法第六十一条的规定仍不能确定的,应当按照通用的方式包装,没有通用方式的,应当采

取足以保护标的物的包装方式”的规定处理:

第一,

依照《合同法》第 6

1条的规定确定标的物的

包装方式。当事人对包装方式没有约定或约定不明确的,可以依次采取下列方式确定:首先, 签订补充协议。即当事人就包装方式通过协商达成合意,

这是当事人意思自治的体现,

是对原

合同的补充,

以此确定的包装方式是以当事人明确的意思表示为基础的。其次, 当事人不能达

成补充协议的,

按照合同有关条款或交易习惯确定。如果合同对包装方式没有约定或约定不

明确,

而当事人又不能就包装方式达成补充协议的,

则产生了对合同的解释问题。合同法为此

提供了具体的解释规则,

即可根据合同的有关条款,按照合同上下文的关系来确定包装方式, 或根据某一种交易的习惯、惯例来确定包装方式。第二,依照上述规则仍不能确定包装方式

的,

就应当按照通用的方式包装。所谓按照通用的方式包装,

主要是指按照某种运输工具运输

某种货物的惯常方式包装。第三,没有通用的包装方式的,应当采取足以保护货物的包装方

式。所谓足以保护货物的包装方式,主要是指足以保证货物在运输过程中不致发生损坏、散

失、

渗漏等情形的包装方式。托运人违反其妥善包装义务的,

按照《合同法》第 3

0

6条第 2款规

0

9

3　合同法(第六版)

定,

承运人有权拒绝运输。这种处置方法,既有利于托运人,使其免受因包装不当造成的货物

损失,

也有利于保护承运人的利益,

防止因包装不当的货物损失引起不必要的纠纷。

5.

托运危险物品时的特殊义务。危险品运输的安全要求不同于一般货物的安全要求,为

使承运人对危险品的承运能够有针对性地采取安全措施,《合同法》第 3

0

7条规定:“托运人托

运易燃、

易爆、

有毒、

有腐蚀性、

有放射性等危险物品的,应当按照国家有关危险物品运输的规

定对危险物品妥善包装,

作出危险物标志和标签,并将有关危险物品的名称、性质和防范措施

的书面材料提交承运人”(第 1款)。“托运人违反前款规定的, 承运人可以拒绝运输,

也可以采

取相应措施以避免损失的发生,

因此产生的费用由托运人承担”(第 2款)。

6.

支付运费的义务。支付运费及有关费用,

为托运人的主要义务,

应当及时履行。

(三)承运人的权利

1.

收取运费及有关费用的权利。收取运费及有关费用,系承运人的主要权利。所谓有关

费用,

包括保管费、

修缮包装费用、

处置费用、拍卖费用等。

〔4〕 至于运费及有关费用由谁支付、

以何种方式支付等事宜,

遵从托运人和承运人在货运合同中的约定。如为预付运费,

即使货物

在运输过程中毁损、

灭失,

承运人也不负退还的责任。

〔5〕 但是,依《合同法》第 3

1

4条的规定,

货物在运输过程中因不可抗力灭失,

未收取运费的,

承运人不得要求支付运费;

已收取运费的,

托运人可以要求返还。

2.

在托运人或收货人不支付运输费用时享有留置权。托运人或收货人不支付运费、保管

费以及其他运输费用的,

承运人对相应的运输货物享有留置权,

但当事人另有约定的除外(《合

同法》第 3

1

5条)。所谓当事人之间另有约定,

如约定承运人先交付货物、

托运人或收货人后支

付费用等,

承运人应先履行交付货物的义务,交付后承运人即不再占有货物,也就无法产生留

置权。

3.

危险品的处理权。按照《合同法》第 3

0

7条第 1款的规定,托运人负有对危险品妥善包

装、

作出危险品的标志和标签等项义务。托运人违反此类义务的,

依《合同法》第 3

0

7条第 2款

的规定,

承运人可以拒绝托运,

也可以采取相应的措施,

以避免损失的发生,

因此产生的费用由

托运人承担。所谓相应措施,

包括卸下、

出售乃至销毁危险品等。

4.

货物提存权。根据《合同法》第 3

1

6条的规定,

在货物运输合同履行中,

承运人提存货物

的法定事由有两项:

一是收货人不明。这主要包括无人主张自己是收货人,通过现有证据,主

要是货物运输合同,

也无法确认谁是收货人;

以及虽有人主张自己是收货人,

但根据现有证据,

包括货物运输合同及主张人提供的证据,无法认定其即是收货人等情形。二是收货人无正当

理由拒绝受领货物,

主要是指虽有明确的收货人,但其对货物质量、品种、数量、运到期限等存

有异议或由于其他原因,

与承运人未达成一致意见,

而拒绝受领货物。承运人提存运输的货物

后,

运输合同关系即告消灭,

该货物毁损、

灭失的风险由收货人承担。提存期间,

货物的孳息归

收货人所有,

提存所生费用也由收货人承担。

(四)承运人的义务

1.

提供适合运输的运输工具的义务。所谓适合运输的运输工具,

包含两层意义:一是运输

〔4〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 4

6

0页。

〔5〕 谢怀縂等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 5

0

3页。

工具具有抵御运输途中通常出现的或能合理预见的自然风险的能力,包括具体负责(操作)运

输的人员(如列车长、

机长、

船长等)具有相应的任职资格;二是运输工具适合装载合同约定的

货物,

如水上运输合同约定装运石油,

承运人就不得提供一般货船作为运输工具。

〔6〕

2.

装卸货物的义务。按照合同约定或有关规定,

由承运人负责装卸的,

承运人应严格遵守

作业规范,

保证装卸质量。

〔7〕

3.

安全运输的义务。所谓安全运输,

主要指承运人在运输途中应注意运输安全,防止事故

发生。对于需要照料的货物,

应予适当的照料等。

〔8〕

4.

通知提货的义务。货物运输到达后,

承运人负有及时通知收货人的义务。(

1)在货物运输

中,

对运输期限虽有约定,

但因装运时间和在途时间往往不能准确确定,

合同中大多以期间的方式

约定,

收货人一般不能准确知道到货时间。因此,

《合同法》第 3

0

9条赋予承运人有及时通知收货

人的义务。(

2

)当然,

承运人只有在知道或应当知道收货人的通讯地址或联系方法的情况下,方

负有上述通知义务,

如果因为托运人或收货人的原因,

如托运人在运单上填写的收货人名称、

地址

不准确,

或收货人更换了填写地址或联系方式而未告知承运人的,

承运人免除上述通知义务。

5.

交付货物的义务。收货人接到提货通知之后,

向承运人出示提货凭证,

承运人应当交付

货物。

6.

损害赔偿的义务。在货物交付承运人后,

承运人基于运输合同关系对承运的货物毁损、

灭失负赔偿责任为一般原则,

并且《合同法》第 3

1

2条对此种损失的赔偿数额的确定还作了具

体的规定:

“货物的毁损、

灭失的赔偿额,

当事人有约定的,

按照其约定;

没有约定或者约定不明

确,

依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,

按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价

格计算。法律、

行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的,依照其规定”。需要注

意的是,

在货物运输过程中,

货物的所有权仍属于托运人或收货人,按照权利与风险对等的原

则,

为衡平承运人和托运人、

收货人的利益关系,《合同法》第 3

1

1条规定:“承运人对运输过程

中货物的毁损、

灭失承担损害赔偿责任,

但承运人证明货物的毁损、

灭失是因不可抗力、

货物本

身的自然性质或者合理损耗以及托运人、

收货人的过错造成的,

不承担损害赔偿责任”。

(五)收货人的权利

1.

提取货物的权利。在货运合同约定由收货人提货的场合,

收货人享有提取货物的权利。

当然,

收货人于行使该项权利时必须出示有关证件。

2.

检验货物的权利。收货人提货时应当按照约定的期限检验货物。对检验货物的期限没

有约定或约定不明确,

依照《合同法》第 6

1条的规定仍不能确定的,应当在合理期限内检验货

物。收货人在约定的期限或合理期限内对货物的数量、

毁损等未提出异议的,

视为承运人已经

按照运输单证的记载交付的初步证据(《合同法》第 3

1

0条)。

3.

请求损害赔偿的权利。运输过程中货物毁损、

灭失的,

收货人对承运人享有损害赔偿请

求权,

但承运人证明货物的毁损、

灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或合理损耗以及托

运人、

收货人的过错造成的,

不承担损害赔偿责任(《合同法》第 3

1

1条)。

〔6〕 谢怀˙等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 5

0

4~5

0

5页。

〔7〕 谢怀縂等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 5

0

5页。

〔8〕 谢怀縂等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 5

0

5页。

2

9

(六)收货人的义务

1.

及时提货及支付逾期提货费用的义务。收货人应当及时提货,

收货人逾期提货的,应当

向承运人支付保管费等费用(《合同法》第 3

0

9条)。此外,收货人超过承运人通知领取货物的

期限,

应负逾期提货的违约责任。

2.

支付托运人未付或少付的运费以及其他费用。一般情况下,运费由托运人在发站时向

承运人支付,

但如果合同约定由收货人在到站支付或托运人未支付的,

收货人应支付。在运输

中发生的其他费用,

应由收货人支付的,

收货人也必须支付。

〔9〕

3.

验收货物的义务。《合同法》第 3

1

0条关于收货人验收货物的规定,既表明收货人享有

权利,

同时也显示收货人负有义务。收货人不及时验收货物或虽然验收了但没有及时提出异

议的,

要承受不利后果。

第四节　联 运 合 同

一、

联运合同的概念

联运合同,

全称为联合运输合同,是指托运人和两个或两个以上的承运人通过衔接运送, 用同一凭证将货物运送到指定地点,

承运人对全程运输承担责任,托运人支付各承运人运输费

用而订立的协议(《合同法》第 3

1

3条、

第 3

1

7条)。

联运合同具有以下法律性质:

(1)联运合同的承运人一方为两人以上,

若为一人,

则不发生

联运。承运人虽为两人以上,

但只存在一个运输合同关系,而非数个运输合同的组合。(2)联

运合同的各承运人以相互衔接的运送手段承运。(3)托运人或旅客一次交费并使用同一运输

凭证。联运合同虽涉及数个承运人,但合同的签订者是多式联运经营人和

托运人或旅客。托

运人或旅客只需交一次费用并使用同一运输凭证。

〔

1

0

〕(4)承运人对全程运输承担责任。

二、

单式联运合同

所谓单式联运合同,

全称为单式联合运输合同,

是指托运人与两个以上承运人以同一种运

输方式就货物运输所订立的合同。对于单式联运中各承运人的责任如何负担,《合同法》明确

规定:

两个以上承运人以同一运输方式联运的,

与托运人订立合同的承运人应当对全程运输承

担责任。损失发生在某一运输区段的,与托运人订立合同的承运人和该区段的承运人承担连

带责任(第 3

1

3条)。

三、

多式联运合同

(一)多式联运合同的概念

多式联运是与单一运输及其单式联运相对的一种运输方式,合同法中的多式联运合同是

〔9〕 谢怀栻等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 5

0

8页。

〔

1

0

〕 谢怀栻等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 5

0

9页。

第二十三章　运输合同

3

9

指多式联运经营人与托运人订立的,

约定以两种或两种以上的不同运输方式,采用同一运输凭

证将货物运输至约定地点的合同。多式联运合同的一方当事人为多式联运的经营人,另一方

为托运人。托运人与其他承担各区段运送任务的各区段承运人不发生直接的合同关系,尽管

基于多式联运各承运人之间存在合同型的联营关系。

多式联运是近几十年来迅速发展起来的,

实行“一次托运、一次收费、一票到底、一次保险、

全程负责”的“一条龙”服务的综合性运输,

有其独特的优越性。实行联运可以使交通工具得到

综合利用,

使各个运输环节有机地衔接,

紧密合作,

从而发挥运输设备的能力,

有效地完成各项

运输任务。所以说,

联运的意义,

不仅是简化了运输手续,而且更重要的是可充分发挥运输能

力,

加速承运货物的周转,

节省运输费用,以便最大限度地满足国民经济生产和人民生活的需

要。

(二)多式联运单据

多式联运单据是多式联运合同的证明,

也是多式联运经营人接受和交付货物的凭证。

1.

多式联运单据的签发

多式联运的托运人在办理多式联运手续时,在交付货物、支付运费的同时,还应填写相关

的联运单据,

多式联运单据是确认当事人权利、义务的重要依据,也是确定当事人联运合同关

系的凭证,

并且对于多式联运的全程运输具有指示作用。因此,托运人在填写时,经营人在签

发时均应持谨慎、

认真的态度。

2.

多式联运单据的种类

多式联运单据是用以证明联运合同成立和货物已经由承运人接收或装车、

装船或装机,

以

及经营人保证据以交付货物的一种凭证。《合同法》第 3

1

9条规定:

“多式联运经营人收到托运

人交付的货物时,

应当签发多式联运单据。按照托运人的要求,

多式联运单据可以是可转让单

据,

也可以是不可转让单据。

”因此,

多式联运单据分为可转让单据和不可转让单据。单据是否

可转让,

经营人应根据托运人的要求签发,

即托运人对此享有选择权。

(三)多式联运合同的效力

1.

多式联运合同经营人的一般权利和义务

多式联运合同的经营人是与托运人相对应的联运合同的一方当事人,负责履行或组织履

行多式联运合同。《合同法》第 3

1

7条规定:

“多式联运经营人负责履行或者组织履行多式联运

合同,

对全程运输享有承运人的权利,

承担承运人的义务。

”所谓经营人全程运输享有承运人的

全部权利,

包括收取运输费用、

在托运人违约时请求赔偿的权利等。所谓承担承运人的义务,

包括经营人向托运人履行全部义务和承担全部责任。当各实际承运人在

运送中造成迟延或货

物的损害时,

由经营人负责赔偿。

在多式联运合同中,

托运人只需一次付费给多式联运的经营人,只使用同一运输凭证,经

营人用两种或者两种以上互相衔接的运输工具将其货物运送到约定地点。

2.

多式联运的经营人与参加多式联运的各区段承运人之间的责任承担

在多式联运的情形下,

只有多式联运的经营人和托运人签订了一份运输合同,

签约的一方

是多式联运的经营人,

他一般是多式联运的第一承运人,其他承运人不参加合同的签订,不成

为联运合同的当事人。对托运人而言,

只有多式联运的经营人而非其他实际承运人,

对全程运

输享有承运人的权利,

承担承运人的义务。但因多式联运的各区段承运人之间一般都存在通



过共同合作从事联合运输的内部协议,

各承运人之间存在一种事实上的合同型的联营关系,多

式联运经营人的签约行为事实上代理了其他承运人从而和托运人之间形

成了运输合同关系, 只不过这是一种间接的合同关系而已。因此,多式联运经营人可以与参加多式联运的各区段

承运人就多式联运合同的各区段运输约定相互之间的责任,但该约定不影响多式联运的经营

人对全程运输承担的义务(《合同法》第 3

1

8条)。多式联运的经营人对全程运输承担义务后,

可以依照约定向负有直接责任的区段承运人追偿。但这种追偿,属于经营人与实际承运人之

间的关系,

对经营人向托运人的赔偿责任不产生影响。

此外,

从运输实际来讲,

多式联运合同的主要内容与联运合同并无根本区别,它们的主要

区别在于多式联运合同涉及多个区段承运人和中途换装地点。这也要求参加多式联运的各承

运人明确彼此之间的责任,

以便发生纠纷时,

有便利的解决途径。

3.

多式联运经营人对货损的赔偿责任和责任限额

在多式联运过程中,货物的毁损、灭失多发生在由某种运输工具承运的某一特定运输区

段,

除了合同法对运输合同损害赔偿规定了一般的赔偿规则外,各个运输领域往往还有专门的

法律、

法规对承运人的赔偿责任及其责任限额作出具体的规定,而且不同运输领域法律、法规

规定的赔偿责任和责任限额还存在明显差异。针对此种情况,《合同法》第 3

2

1条规定:“货物

的毁损、

灭失发生于多式联运的某一运输区段的,多式联运的经营人的赔偿责任和责任限额, 适用调整该区段运输方式的有关法律规定”。因此,

对在特定运输区段某种运输工具造成的货

物毁损、

灭失,

联运合同的经营人应按该领域法律、

法规规定的赔偿责任和责任限额,

确定适当

的赔偿数额。

4.

托运人的赔偿责任

《合同法》第 3

2

0条规定:

“因托运人托运货物时的过错造成多式联运经营人损失的,即使

托运人已经转让多式联运单据,

托运人仍然应当承担损害赔偿责任。

”如此规定的理由在于,

因

托运人的过错造成经营人损失的,在联运单据没有转让之前,托运人为联运合同当事人,对其

过错依约负责,

应无疑义。但在托运人已转让多式联运单据后,按照合同法理论,此时托运人

已不再是运输合同的当事人,

受让人已取代了托运人的地位,成为了运输合同的当事人,承受

了托运人的权利、

义务,

为什么还让托运人负责?因为,如果将因托运人的过错造成多式联运

经营人损害的赔偿责任一并转移给受让人,

则对受让人显然不公平,也不合理地免除了托运人

应对其过错所负的责任。为了平衡托运人和受让人之间的利益,

《合同法》便明确规定:

对托运

人的过错造成多式联运经营人损失的,

联运单据的转让并不影响托运人承担赔偿责任。

第二十四章　技 术 合 同

第一节　技术合同概述

一、

技术合同的界定与法律性质

技术合同不是单一类型的合同,

而是当事人之间就技术开发、技术转让、技术咨询或服务

所订立的确立相互之间权利和义务的合同的总称(《合同法》第 3

2

2条)。

(一)技术合同的法律性质

1.

技术合同的标的物是技术成果。技术合同不同于其他合同的重要之处在于,其标的物

不是一般的商品或劳务,

而是一种特殊的商品—

—

—技术成果。技术成果是凝聚着人类智慧的

创造性劳动成果。

〔1〕 根据法释[2

0

0

4]2

0号第 1条的规定,所谓技术成果,是指利用科学技术

知识、

信息和经验作出的涉及产品、

工艺、

材料及其改进等的技术方案,

包括专利、

专利申请、技

术秘密、计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种等。所谓技术秘密,是指不为公众所知

悉、

具有商业价值并经权利人采取保密措施的技术信息。

2.

技术合同的一方当事人具有技术能力。技术合同当事人,通常至少一方必须具有技术

能力。所谓技术能力,

是具有利用自己的技术力量从事技术开发、技术转让、技术服务或咨询

的能力,

在技术开发合同中表现为技术开发的能力,在技术转让合同中表现为拥有成熟定型的

技术,

在技术咨询、

技术服务合同中表现为握有技术知识和技能。

3.

技术合同是双务、

有偿的合同。在技术合同中,当事人双方互负立于对价关系的义务, 故为双务合同。技术合同当事人一方从对方取得利益的,

须向对方支付相应的对价,

因此技术

合同为有偿合同。

4.

技术合同的法律调整具有多样性。技术合同反映着技术成果在研发、交换领域的债权

关系,

首先应当遵循民法关于债及合同的一般规范,以及具体规定。其次,技术合同因其为基

于技术的开发、

转让、

服务或咨询而产生的合同关系,

故在许多方面,

尤其是技术成果所有权方

面,

要受知识产权法的调整。最后,

技术开发需要遵循自然科学技术的规律,技术标准的确定

亦有科学技术方面的要求,

即说明技术合同也离不开科技法。

(二)订立技术合同的基本原则

《合同法》第 3

2

3条确认,

订立技术合同,应当有利于科学技术的进步,加速科学技术成果

的转化、

应用和推广。在科学技术为第一生产力,已经成为现代经济发展主要动力的背景下,

〔1〕 谢怀緃等:

《合同法原理》,

法律出版社 2

0

0

0年版,

第 5

0

9页。

6

《合同法》明确这些基本原则,

目的在于鼓励和引导当事人正确地运用技术合同这一法律形式,

在科研与生产之间架起一座“桥梁”。

二、

技术合同的内容

技术合同的内容,

既指技术合同的条款,又指据此产生的权利义务。这两者密切联系:技

术合同的条款承载着、

表现着技术合同项下的权利义务,没有技术合同的条款,技术合同项下

的权利义务也无从体现。技术合同的特殊性也正是通过技术合同条款的特殊性来表现的。

技术合同一般应包括以下条款:

项目名称;

标的的内容、

范围和要求;

履行的计划、进度、期

限、

地点、

地域和方式;

技术情报和资料的保密;风险责任的承担;技术成果的归属和收益的分

成办法;

验收标准和方法;

价款、

报酬或使用费及其支付方式;违约金或损失赔偿的计算方法;

解决争议的方法;

名词和术语的解释(《合同法》第 3

2

4条第 1款)。

与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技

术标准、

技术规范、

原始设计和工艺文件,

以及其他技术文档如图纸、

表格、

数据和照片等,依当

事人的约定可作为合同的组成部分(《合同法》第 3

2

4条第 2款)。当事人若就此没有约定时,

以上内容仅能作为履行合同的参考。

技术合同涉及专利权的,

应当注明发明创造的名称、

专利申请人和专利权人、

申请日期、申

请号、

专利号以及专利权的有效期限(《合同法》第 3

2

4条第 3款)。其主要目的是便于受让人

向有关机关查询以及专利管理机关的管理,

防止假冒专利的欺骗活动。

三、

技术合同的价款、

报酬和使用费及其支付

对技术合同的价款、

报酬和使用费,

当事人没有约定或约定不明确的,法释[2

0

0

4]2

0号第

1

4条确认,

人民法院可以按照以下原则处理:对于技术开发合同和技术转让合同,根据有关技

术成果的研究开发成本、

先进性、

实施转化和应用的程度,

当事人享有的权益和承担的责任,

以

及技术成果的经济效益等予以合理确定;

对于技术咨询合同和技术服务合同,根据有关咨询服

务工作的技术含量、

质量和数量,

以及已经产生和预期产生的经济效益等予以合理确定。技术

合同价款、

报酬、

使用费中包含非技术性款项的,

应当分项计算。

技术合同的价款、

报酬和使用费的支付方式多样,

得由当事人自由约定。《合同法》第 3

2

5

条明确认可了技术合同的当事人经常采用的支付方式。

(一)一次总算、

一次总付,

或一次总算、

分期支付

一次总算、

一次总付,

或一次总算、

分期支付,

又被称为定额支付。它与实物形态商品交易

的支付方式基本类似,

即在当事人签订合同时,将所有合同价款一次算清,在合同中明确地规

定出总的金额、

该合同价款中除了技术商品自身的价格外,通常还包含技术指导、人员培训等

技术服务报酬。

一次总算,

并不意味着一次总付,在实践中,定额支付可以分为一次总付或者分期支付。

以技术转让合同为例,

一次总付的支付方式,

其付款时间通常是在技术转让方的技术资料交付

完毕,

经受让方核对验收后进行。分期支付的支付方式就是把技术合同的价款总额按照合同

履行的先后顺序分期分批地支付给转让方。支付的原则是要使合同价款与转让方完成的工作

量挂起钩来,

基本上形成“按劳付酬”的合同对价关系。即转让方履行了多少合同义务,受让方



就支付多少合同价款,

每次付款的金额根据具体的合同而定。通常,就技术转让合同而言,定

额支付的方法只适用于合同金额小,

执行期间短,

被转让的技术不太复杂的场合。

〔2〕

(二)提成支付

约定提成支付的,

可以按照产品价格、实施专利和使用技术秘密后新增的产值、利润或产

品销售额的一定比例提成,

也可以按照约定的其他方式计算(《合同法》第 3

2

5条第 2款前段)。

对此,

以技术转让合同为例加以说明。所谓提成支付,

是指将技术实施以后所产生的经济效益

按一定的比例和期限支付给转让方,作为对转让方出让技术的经济补偿。提成支付的总额最

终由受让方在实施技术中获得的实际经济效益的多少来决定。这种按照技术转让的实际效果

进行分成的方法,

已被国内外所普遍采用。提成支付可以分为单纯提成和“入门费加提成”两

种支付方式。

〔3〕

1.

单纯提成支付

所谓单纯提成支付,

是指全部提成费仅在受让方的产品正式销售之后才向转让方支付, 在

此之前,

受让方无须向对方进行任何支付。这种支付方式对受让方来说风险较小,而且该支付

发生在受让方获得收益之后,

没有预先支付而带来的资金负担问题。在国内外技术贸易活动

中,

单纯提成的支付方式并不常用,

其主要适用于合同履行期限短、

技术比较成熟、

市场前景稳

定的技术交易项目。

〔4〕

2.

“入门费”+提成的支付方式

这种支付方式是把合同价款分为固定价款和提成价款两部分。固定价款部分的支付方法

与一次总算的支付方法相同,

即在合同生效后的一段时间内一次或者分期付清。通常人们把

这部分固定价款称为“入门费”或初付费。其主要内容包括:

复制图纸和准备资料的工本费;

针

对受让方的具体需要的改进设计、改进描图、改进资料的工本费;转让方人员前往受让方进行

考察的差旅费;

转让方提供的产品样本费;技术培训费;在该技术交易中,转让方支付的咨询

费、

谈判费、

律师费、

行政管理费等。

〔5〕

提成部分的价款也称为非固定价款或浮动价款,

支付的方法与一般的提成支付相同,

即在

项目投产后,

根据合同产品的销售情况提成支付。“入门费”＋提成的支付方式, 使合同双方共

担风险,

共享收益,

有利于加强双方的密切合作以及技术商品价值的尽快实现。由于这种支付

方式按实际产生的费用为基础,

比较合理,易于为合同当事人双方所接受,因此它是目前国内

技术交易活动中应用得最普遍的一种计价办法。

〔6〕

无论采取何种提成方法,

就提成支付的比例,当事人可以约定采取固定比例、逐年递增比

例或逐年递减比例(《合同法》第 3

2

5条第 2款后段)。

为克服信息不对称可能给合同当事人利益带来的不利影响,当技术合同的双方当事人约

定采用提成支付方式时,

转让方、

开发方或提供服务、

咨询的一方(一般情况下是转让方),

有权

查核受让方或委托人的账目。双方当事人应当在合同中约定查阅有关会计账目的办法(《合同

〔2〕周大伟:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 1

9

5~1

9

6页。

〔3〕周大伟:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 1

9

7页。

〔4〕周大伟:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 1

9

7页。

〔5〕 周大伟:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 1

9

8页。

〔6〕 周大伟:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 1

9

8~1

9

9页。

8

9



法》第 3

2

5条第 3款)。

四、

技术成果相关权利的归属

《合同法》将技术成果分为两类:

一是执行法人或其他组织的任务或主要是利用法人或其

他组织的物质技术条件所完成的职务技术成果(第 3

2

6条第 2款);二是职务技术成果以外的

其他技术成果,

或称之为非职务技术成果(第 3

2

7条)。《合同法》的这一分类方式与《专利法》

的有关规定是基本一致的。依照《合同法》第 3

2

6条第 2款的规定,职务技术成果主要包括以

下两类:

1.

执行法人或其他组织的工作任务所完成的技术成果。所谓“执行法人或其他组织的工

作任务”,

既包括工作人员从事其本职工作,也包括履行法人或其他组织交付的本职工作以外

的任务。法释[2

0

0

4]2

0号第 2条规定,

执行法人或其他组织的工作任务包括:

履行法人或其他

组织的岗位职责或承担其交付的其他技术开发任务;离职后一年内继续从事与其原所在法人

或其他组织的岗位职责或交付的任务有关的技术开发工作,但法律、行政法规另有规定的除

外。当然,

法人或其他组织与其职工就职工在职期间或离职以后所完成的技术成果的权益有

约定的,

人民法院应当依约定确认。

2.

主要是利用法人或其他组织的物质技术条件完成的技术成果。法释[2

0

0

4]2

0号第 4条

规定,

所谓主要利用法人或其他组织的物质技术条件,包括职工在技术成果的研究开发过程

中,

全部或大部分利用了法人或其他组织的资金、

设备、

器材或原材料等物质条件,

并且这些物

质条件对形成该技术成果具有实质性的影响;还包括该技术成果实质性内容是在法人或其他

组织尚未公开的技术成果、

阶段性技术成果基础上完成的情形。但下列情况除外:

对利用法人

或其他组织提供的物质技术条件,

约定返还资金或交纳使用费的;在技术成果完成后利用法人

或其他组织的物质技术条件对技术方案进行验证、

测试的。

法释[2

0

0

4]2

0号第 5条规定,

个人完成的技术成果,

属于执行原所在法人或其他组织的工

作任务,

又主要利用了现所在法人或其他组织的物质技术条件的,应当按照该自然人原所在和

现所在法人或其他组织达成的协议确认权益。不能达成协议的,根据对完成该项技术成果的

贡献大小由双方合理分享。《合同法》所规定的属职务技术成果以外的技术成果,都属于非职

务技术成果。

为了合理兼顾职务技术成果所涉及的法人或其他组织以及完成成果人的利益,鼓励科技

发明和技术创新,

调动各方的积极性,

《合同法》一方面规定职务技术成果的使用权、转让权应

属于法人或其他组织;

另一方面又规定法人或其他组织应当从使用和转让该项职务技术成果

所取得的收益中提取一定比例,

对完成该项职务技术成果的个人给予奖励或向其支付报酬(第

3

2

6条第 1款前段)。

尤应注意的是,

《合同法》还规定了职务技术成果的成果完成人享有优先受让权, 即当法人

或其他组织订立技术合同转让职务技术成果时,

职务技术成果的完成人享有优先受让的权利。

当然,

职务技术成果的完成人只有在同等条件下,方可享有并行使该项优先受让

权(第 3

2

6条

第 1款后段)。该项优先受让权属形成权,

它限制了转让方的合同自由。

至于非职务技术成果,

其使用权和转让权属于技术成果的完成人,

该完成人可以就该项非

职务技术成果订立相应的技术合同(《合同法》第 3

2

7条)。

第二十四章　技术合同

9

9

3

五、

完成技术成果人的署名权和取得荣誉权

完成技术成果的个人有在有关技术成果文件上写明自己是技术成果完成者的权利和取得

荣誉证书、

奖励的权利(《合同法》第 3

2

8条)。完成技术成果的民事主体,享有相应的人身权

利。法律对完成技术成果人的人身权利的确认,

其根本目的是鼓励创新。

六、

技术合同的无效

(一)技术合同无效的原因

技术合同的无效,

当然要依据《合同法》第 5

2条规定的无效原因加以确认。除此之外,

《合

同法》第 3

2

9条还就技术合同的无效规定了特别的原因,包括非法垄断技术、妨碍技术进步或

侵害他人技术成果。

这里所谓非法垄断技术、

妨碍技术进步,

依据法释[2

0

0

4]2

0号第 1

0条的规定,

包括如下情

形:

(1)限制当事人一方在合同标的的技术基础上进行新的研究开发或限制其使用所改进的技

术,

或双方交换改进技术的条件不对等,包括要求一方将其自行改进的技术无偿提供给对方、

非互惠性转让给对方、

无偿独占或共享该改进技术的知识产权;(2)限制当事人一方从其他来

源获得与技术提供方类似技术或与其竞争的技术;(3)阻碍当事人一方根据市场需求,按照合

理方式充分实施合同标的技术,

包括明显不合理地限制技术接受方实施合同标的技术生产产

品或提供服务的数量、

品种、

价格、

销售渠道和出口市场;(4)要求技术接受方接受并非实施技

术必不可少的附带条件,

包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备、服务以及接收非必需的

人员等;

(5)不合理地限制技术接受方购买原材料、

零部件、

产品或设备等的渠道或来源;

(6)禁

止技术接受方对合同标的技术知识产权的有效性提出异议或对提出异议附加条件。

现行法一方面采取必要的措施保障技术合同当事人在合法的范围内行使自己的权利,另

一方面又不允许当事人滥用这种权利来损害国家利益和社会公共利益。为了防止当事人滥用

技术合同来达到自己非法垄断和控制市场的目的,

应认定上述技术合同为无效合同。

(二)技术合同无效的后果

技术合同无效的法律后果,自然要按照《合同法》第 5

8条的规定加以确定。此外,法释

[2

0

0

4]2

0号还针对技术合同及其无效后果的特殊性,

作出了如下特别规定:

1.

技术合同无效,

技术开发合同研究开发人、技术转让合同让与人、技术咨询合同和技术

服务合同的受托人已经履行或部分履行了约定的义务,并且造成合同无效的过错在对方的,对

其已履行部分应当收取的研究开发经费、技术使用费、提供咨询服务的报酬,人民法院可以认

定为因对方原因导致合同无效给其造成的损失。技术合同无效,因履行合同所完成新的技术

成果或在他人技术成果基础上完成后续改进技术成果的权利归属和利益分享,当事人不能重

新协议确定的,

人民法院可以判决由完成技术成果的一方享有(法释[2

0

0

4]2

0号第 1

1条)。

2.

根据《合同法》第 3

2

9条的规定,侵害他人技术秘密的技术合同被确认无效后,除法律、

行政法规另有规定的以外,

善意取得该技术秘密的一方当事人可以在其取得时的范围内继续

使用该技术秘密,

但应当向权利人支付合理的使用费并承担保密义务。当事人双方恶意串通, 或者一方知道或应当知道另一方侵权仍与其订立或履行合同的,属于共同侵权,人民法院应当

判令侵权人承担连带赔偿责任和保密义务,因此取得技术秘密的当事人不得继续使用该技术

0

0



秘密(法释[2

0

0

4]2

0号第 1

2条)。

3.

人民法院在确定使用费时,

可以根据权利人通常对外许可该技术秘密的使用费或使用

人取得该技术秘密所支付的使用费,

并考虑该技术秘密的研究开发成本、成果转化和应用程度

以及使用人的使用规模、

经济效益等因素予以合理确定。不论使用人是否继续使用技术秘密, 人民法院均应当判令其向权利人支付已使用期间的使用费。使用人已向无效合同的让与人支

付的使用费应当由让与人负责返还(法释[2

0

0

4]第 2

0号第 1

3条第 2款、

第 3款)。

第二节　技术开发合同

一、

技术开发合同概述

(一)技术开发合同的界定

技术开发合同,

是指当事人之间就新技术、新产品、新工艺和新材料及其系统的研究开发

所订立的合同(《合同法》第 3

3

0条第 1款)。

依据法释[2

0

0

4]2

0号第 1

7条的规定,

这里所说的新技术、新产品、新工艺、新材料及其系

统,

包括当事人在订立技术合同时尚未掌握的产品、

工艺、

材料及其系统等技术方案,

但对技术

上没有创新的现有产品的改型、

工艺变更、材料配方调整以及对技术成果的验证、测试和使用

除外。

所谓技术开发,

就其本质而言,

是指将科学研究成果或既有的技术知识应用于生产实践的

创造性劳动;

就其过程来说,

是指从研究或试制开始直至新产品投入批量生产的全过程。广义

的技术开发,

指的是科学上的发现和技术上的发明转化为社会生产力的全过程。其中包括与

科学技术发展相联系的定向基础研究、

应用研究和发展研究。狭义的技术开发,

指的是利用基

础研究的成果,

经过技术发明创新、完善和产品商业化三大步骤,使技术“软件”变成物

质“硬

件”的过程。它仅由应用研究和开发研究组成,

不包括基础研究和生产过程在内。

〔7〕

(二)技术开发合同的类型

技术开发合同区分为委托开发合同与合作开发合同两种。

委托开发合同,

是指当事人一方即委托人委托另一方即研究开发人进行技术研究开发的

合同。法释[2

0

0

4]2

0号第 1

9条第 2款规定,

技术开发合同当事人一方仅提供资金、

设备、

材料

等物质条件或承担辅助协作事项,

另一方进行研究开发工作的,

属于委托开发合同。合作开发

合同,

是指当事人各方就共同进行技术研究开发所达成的合同。这两种合同具有如下不同点: 1.

合同的种类不同。委托开发合同属于传统民法上所说的“契约”,合作开发合同则属于

“共同行为”。由此导致其他的差别。

2.

进行研究开发的方式不同。后者采取当事人共同研究开发的方式,前者则采取委托人

投资、

研究开发人研究开发的方式。因此,

合作开发合同大多产生于专门从事研究开发工作的

〔7〕周大为:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社1

9

8

8年版,

第2

2

0页。



科研单位(如研究所、

高等院校等)之间,个别情况下成立于研究所、高等院校与具有研究机构

的大公司之间;

而委托开发合同通常发生在生产部门与科研单位之间。

〔8〕

3.

研究开发成果分享的原则不同。委托开发完成的发明创造,

除当事人另有约定的以外,

申请专利的权利属于研究开发人。研究开发取得专利权的,委托人可以免费实施该专利。研

究开发人转让专利申请权的,委托人享有以同等条件优先受让的权利(《合同法》第 3

3

9条)。

合作开发完成的发明创造,

除当事人另有约定的以外,申请专利的权利属于合作开发的当事人

共有。当事人一方转让其共有的专利申请权的,其他各方享有以同等条件优先受让的权利。

合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的,可以由另一方单独申请或由其他各

方共同申请。申请人取得专利权的,放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。合作开发

的当事人一方不同意申请专利的,

另一方或其他各方不得申请专利(《合同法》第 3

4

0条)。

当事人之间就具有产业应用价值的科技成果实施转化订立的合同,参照技术开发合同的

规定(《合同法》第 3

3

0条第 4款)。依据法释[2

0

0

4]2

0号第 1

8条的规定,

所谓的“当事人之间

就具有产业应用价值的科技成果实施转化订立的”技术转化合同, 是指当事人之间就具有实用

价值但尚未实现工业化应用的科技成果包括阶段性技术成果,以实现该科技成果工业化应用

为目标,

约定后续试验、

开发和应用等内容的合同。

(三)技术开发合同的法律性质

1.

技术开发合同的标的是研发具有创造性的技术成果

技术开发合同的标的是研发创造性的技术成果—

—

—新技术、新产品、新工艺、新材料及其

系统。这种创造性的技术成果在当事人订立合同时尚不存在,

更谈不上具有应用价值,

只有经

过研究开发人的创造性科技活动才有可能取得,

也有可能在合同约定的期间内无法研发成功,

甚至于在宽限期届满时也未能研发出来。技术开发合同的目的,

不在于转让技术,

而是通过一

定的权利义务关系保证创造、

发明新技术、新产品、新工艺、新材料及其系统,为了追求它们现

实化,

或使之成熟、

完善,

使之具有应用价值。

〔9〕 当然,此处所谓的“新”,只具有相对的意义,

如在中国是新的,

不一定在世界范围内是新的。这是技术开发合同不同于技术转让、技术咨

询、

技术服务诸合同的重要之点,

也是其区别于承揽合同之处。

2.

技术开发合同的一方当事人应当具有研发能力

技术开发合同的标的是研发创造性的技术成果,

这决定了技术开发方应当具有研发能力,

否则,

合同的目的就要落空,

给双方当事人都会带来不必要的损失。

3.

技术开发合同的当事人共担风险

技术开发合同中的风险,

是指在履行技术开发合同过程中,

由于不可归责于当事人双方的

原因,

遭遇人类目前尚无法克服的技术难关,

导致开发工作全部或部分失败,

由此造成的损失。

由于技术开发合同的标的是研发创造性的技术成果,

难度较大,

蕴藏着开发失败的危险。研究

开发人即使尽了最大的努力,

如投入了最佳的设备、最有能力和尽职的管理者和最优秀的研究

开发人员,

且兢兢业业,

也未必能取得合同约定的预期成果。由此决定,若其风险由研究开发

〔8〕 周大为:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 2

5

2页。

〔9〕 崔建远、

赵晓光:

“技术转让合同刍议”,

载《政治与法律》1

9

8

6年第 1期。



人单方负担,

明显不公,

不如分散给双方当事人,则更为合理。

〔

1

0

〕《合同法》采纳了这种理念,

于第 3

3

8条第 1款规定,

对于风险负担,

当事人双方有约定的,

依其约定;

没有约定或约定不明

确的,

依照第 6

1条规定确定的规则解决;

由此仍不能确定的,

由当事人双方合理分担风险。

4.

技术开发合同是双务、

有偿、

诺成、

非要式的合同

技术开发合同的当事人双方互负立于对价关系的义务,

故其为双务、

有偿的合同。技术开

发合同自双方当事人意思表示一致时起即可成立,并不以一方当事人义务的实际履行作为合

同的成立要件,

故为诺成合同。由于技术开发合同事关技术成果的研究开发,履行时间长,当

事人之间的权利义务关系较复杂,需要详加规定,以免发生纠纷,《合同法》第 3

3

0条第 3款要

求它应当采用书面形式。不过,

该项规定并非强制性规定,

技术开发合同即便没有采取书面形

式,

只要当事人双方对此承认或有其他确凿的证据予以证明,

也应认定它业已成立且有效。

二、

委托开发合同的效力

(一)委托人的义务与责任

按照《合同法》第 3

3

1条等条款的规定,委托开发合同中委托人主要有如下义务和相应的

责任。

1.

按照合同约定支付研究开发费用和报酬

研究开发费用,

是指完成研究开发工作所必需的成本。除合同另有约定外,

委托人应当提

供全部研究开发费用。研究开发费用一般是在合同订立后,

研究开发工作进行前支付,

也可以

根据情况分期支付。当事人在合同中约定研究开发费用按照实际需要支付的,委托人支付的

研究开发费用不足时,

应当补充支付;研究开发费用剩余时,由研究开发人如数返还。如合同

中约定研究开发费用包干使用或没约定结算办法的,对不足的费用委托人无补充的义务;对结

余的费用委托人也无权要求返还。研究开发报酬是指研究开发成果的使用费和研究开发人员

的科研补贴。委托人应按合同约定按时支付报酬。

委托人迟延支付研究开发经费,

造成研究工作停滞、延误的,研究开发人不承担迟延责任

(《合同法》第 3

3

3条)。经催告委托人于合理期限内仍不支付研究开发费用或报酬的,研究开

发人有权解除合同,

请求委托人返还技术资料、补交应付的报酬、赔偿由此所造成的损失(《合

同法》第 9

4条第 3项、

第 4项,

第 9

7条)。

2.

按照约定提供技术资料、

原始数据

委托人应依合同的约定,

向研究开发人提供研究开发所需要的技术资料、

原始数据(《合同

法》第 3

3

1条)。在研究开发中,

应研究开发人的要求,

委托人应补充必要的背景材料和数据,

但只

以研究开发人为履行合同所必需的范围为限。委托人不依合同的约定及时提供技术资料、

原始数

据,

或所提供的技术资料、

原始数据或协作事项有重大缺陷,

导致研究开发工作停滞、

延误、

失败

的,

委托人应当承担责任;

委托人逾期经催告于合理的期限内仍不提供技术资料、

原始数据的,

研

究开发人有权解除合同,

并请求损害赔偿(《合同法》第 9

4条第 3项、

第 4项,

第 9

7条)。

3.

完成协作事项

委托人的协作事项,

因具体的委托开发合同而有所不同。例如,

委托人依约提供开发技术

〔

1

0

〕崔建远:

“关于制定合同法的若干建议”,

载《法学前沿》(第 2辑),

法律出版社 1

9

9

8年版,

第 4

7~4

8页。

第二十四章　技术合同

3

0

4

的样品、

模具,

根据应用目的和工艺可能提出明确的技术经济指标,对样品进行加工、测试,以

及组织成果技术鉴定等。

〔

1

1

〕委托人没有依约完成协作事项,属于违反附随义务,应当承担违约

责任。

4.

接受研究开发成果

委托人应当按期接受研究开发人完成的研究开发成果。委托人不及时接受的,至少构成

对不真正义务的违反,

研究开发人有权根据《合同法》第 1

0

1条第 1款第 1项的规定,予以提

存,

保管费用由委托人负担。

委托人没有全部或部分支付经费、报酬的场合,亦未及时接受研究开发成果的,研究开发

人有权援用《物权法》第 2

3

0条以下的规定,将该研究开发成果留置,乃至依法将该项成果转

让,

从所得收益中扣除约定的报酬和保管费。

(二)研究开发人的义务与责任

按照《合同法》第 3

3

2条的规定,

研究开发人主要应负担如下合同义务和相应的责任。

1.

依约亲自制定和实施研究开发计划

研究开发计划的制定是开展研究开发工作的前提条件、必要步骤。委托开发合同对于研

究开发计划制定的时间和内容有约定的,研究开发人应依约进行;无此约定的,研究开发人应

于合同订立并生效后尽快制定。否则,

委托人有权请求研究开发人承担相应的违约责任,

同时

有权依据《合同法》第 6

6条、

第 6

7条规定的履行抗辩权,

暂时拒付相应的费用。

基于委托开发合同的标的是开发具有创造性的技术成果,鉴于每个研究开发人所具有的

研发能力的差异,

以及委托人之所以签订委托开发合同,也正是基于研究开发人的研究开发能

力的信任,

研究开发人应当亲自实施研究开发计划。如果研究开发人未经委托人的同意, 擅自

将技术研究开发工作的全部或主要部分交由第三人完成,就违背了委托人的信赖,也很可能因

第三人的科研实力有限而影响研究开发工作的完成或质量,给委托人造成严重的损失,甚至使

合同目的完全落空。为了防止及减少此类违约行为的发生,

保护委托人的合法权益,

研究开发

人不亲自履行研究开发义务,

委托人有权援用《合同法》第 1

0

7条、第 1

1

0条等规定,请求研究

开发人改正(继续履行)。研究开发人仍不改正的,

委托人有权援用《合同法》第 9

4条第 3项或

第 4项的规定,

或当事人双方的约定,解除委托开发合同,并请求研究开发人返还研究开发经

费和赔偿损失。

当然,

在研究开发中对于研究开发工作的辅助部分,有的技术难度较小,或其本身属于已

被普遍掌握的技术,

即使未经委托人的同意,

研究开发人也可以将其转由第三人完成。但于此

种情形下,

研究开发人也应对该第三人完成的工作负责。

2.

合理使用研究开发费用

研究开发人在完成研究开发工作中应当依合同的约定合理使用研究开发费用。所谓合理

使用,

包括专款专用、

落到实处、

杜绝浪费、分项合理等内容。例如,双方当事人基于自己和他

人的经验教训,

总结出效益最大化的经费使用方法,

在委托开发合同中约定,

购买仪器设备、

奖

励提成的比例及限额等。

〔

1

2

〕研究开发人违反约定或法律规定,明显不合理地使用经费,甚至擅

〔

1

1

〕周大为:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 2

2

9页。

〔

1

2

〕周大为:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 2

2

9页。



自将研究开发费用挪用于履行合同以外的目的和用途的,委托人有权制止,并要求其用于研究

开发工作。研究开发人的上述行为造成研究开发工作停滞、延误或失败的,委托人有权援用

《合同法》第 1

0

7条以下的规定,请求研究开发人赔偿损失;经委托人的催告,研究开发人仍不

改正的,

委托人有权援用《合同法》第 9

4条第 3项或第 4项、

第 9

7条的规定,

解除合同,

并请求

损害赔偿。

3.

按期完成研究开发工作并交付成果

研究开发人应当按照合同约定的条件按期完成研究开发工作,及时组织验收并将工作成

果交付委托人。当然,

研究开发人尽了最大努力仍未能研发成功的则免负该项义务。研究开

发人未尽应有的努力致使研究开发停滞、失败或迟延交付研究开发成果的,应承担违约责任

(《合同法》第 3

3

4条)。

研究开发人在完成研究开发工作中不得擅自变更标的内容、形式和要求。研究开发人因

其过错,

致使研究开发成果不符合合同约定条件的,应当赔偿委托人的损失;致使研究开发工

作失败的,

应当返还部分或全部研究开发费用并赔偿损失(《合同法》第 3

3

4条等)。

〔

1

3

〕

4.

研究开发人的后续义务

研究开发人依照合同约定完成研究开发工作并交付工作成果时,还应当提供有关的技术

资料,

并给予必要的技术指导,对委托人人员进行技术培训,帮助委托人掌握该项技术成果。

研究开发人不得向第三人泄露技术开发成果的技术秘密,不得向第三人提供该项技术成果

(《合同法》第 9

2条等),

但当事人另有约定或法律另有规定的除外。

〔

1

4

〕

根据诚实信用原则,

当事人双方除应履行上述各自的主要义务外,

还应共同在合同的订立

和履行过程中承担相互不断地通报合同履行情况的义务。尤其是那些对合同的订立或履行有

妨碍的情况,

如遇到情报交流上的障碍、

技术风险以及研究开发经费超支或盈余等(《合同法》

第 6

0条第 2款)。

〔

1

5

〕

三、

合作开发合同的效力

合作开发合同的效力如下:

1.

合作各方应当依照合同约定投资。合作开发合同当事人各方应依合同的约定投资(《合

同法》第 3

3

5条前段)。所谓投资,

是指当事人以资金、

设备、

材料、

场地、

试验条件、

技术情报资

料、

专利权、

非专利技术成果等形式对研究开发项目所作的投入。以资金以外的形式投资的, 应当折算成相应的金额,

以明确当事人在投资中所占的比例。

〔

1

6

〕

2.

合作各方应依合同约定的分工参与研究开发工作。合作开发合同的各方有共同进行研

究开发工作的权利和义务。合作开发合同的当事人可以由双方代表组成的指导机构,对研究

开发工作中的重大问题进行决策,协调和组织研究开发工作。当事人各方均应按照合同中约

定的分工参与研究开发工作(《合同法》第 3

3

5条中段)。所谓分工参与研究开发工作,包括当

事人按照约定的计划和分工,

共同或承担设计、

工艺、

试验、

试制等不同阶段或不同部分的研究

〔

1

3

〕 周大为:

《技术合同法导论》，

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版，

第 4

8

6～4

8

7页。

〔

1

4

〕 周大为：

《技术合同法导论》，

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版，

第 4

8

6～4

8

7页。

〔

1

5

〕 郭明瑞、

王轶:

《合同法新论·分则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

7年版,

第 4

0

6~4

0

7页。

〔

1

6

〕 周大为:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 2

5

6页。



开发工作(法释[2

0

0

4]2

0号第 1

9条第 1款)。一方当事人若仅仅是提供资金、

设备、

材料等物

质条件,

或承担辅助协作事项,

不能成为合作开发合同的当事人,但可成为委托开发合同的委

托人(法释[2

0

0

4]2

0号第 1

9条第 2款)。

3.

合作各方应协作配合研究开发工作。合作各方按照合同约定协作配合的好坏,在很大

程度上影响着合作研究开发的成败,因此合作各方应当严格履行协作配合研究开发工作的义

务。该项义务通常表现为各自做好前期的准备工作,为他方当事人的研究开发提供必要的服

务等。

4.

合作各方应保守研究开发的秘密。合作开发合同的当事人各方应保守技术情报、资料

和技术成果的秘密。

5.

合作各方所承担的违约责任。《合同法》第 3

3

6条规定,

合作开发合同中,

任何一方违反

合同,

造成研究开发工作停滞、

延误或失败的,应当承担违约责任。合作开发合同当事人的违

约行为主要表现为:

(1)不按照合同约定进行投资(包括以技术进行投资);(2)不按照合同约

定的分工参与研究开发工作;

(3)不按照合同约定与其他各方完成协作配合任务。

合作开发合同当事人在约定的期限内不履行义务的,另一方或其他各方有权解除合同。

当事人一方应当赔偿因违约而给另一方或其他各方造成的损失。

四、

技术开发合同中的风险负担

技术开发合同中的风险,

是指非因不可归责于双方当事人的原因(如出现无法克服的技术

困难,

或法律禁止继续研究开发等)而研究开发失败,

由此所产生的损失。风险负担,

即指上述

损失应由哪一方当事人承受的问题。对此,《合同法》首先尊重当事人的约定;其次,当事人没

有约定或约定不明确的,

依照《合同法》第 6

1条的规定确定;最后,依照《合同法》第 6

1条的规

定仍不能确定的,

风险由当事人合理分担(第 3

3

8条第 1款)。

在技术开发合同履行过程中,

因出现无法克服的技术困难,

可能导致研究开发失败或部分

失败的,

一方当事人应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失,如向委托人提供咨询报告

和意见,

建议改变研究开发内容或全部放弃研究开发工作等。与此同时,

研究开发人亦有权主

动停止研究开发工作。如果当事人一方没有及时通知另一方并采取适当措施,致使损失扩大

的,

应当就扩大的损失承担责任(《合同法》第 3

3

8条第 2款,

第 1

1

9条)。

五、

技术开发合同中技术成果权益的归属

确定技术开发合同中技术成果权益的归属,应遵循以下规则:(1)就委托开发所完成的技

术成果,

如属得申请专利的,

则申请专利的权利在一般情况下归研究开发人。但当事人约定申

请专利的权利归委托人或由双方当事人共同行使的,从其约定(《合同法》第 3

3

9条第 1款)。

就委托开发所完成的技术成果,如属不可申请专利或虽可申请专利,但当事人不欲申请专利

的,

对于此项技术秘密成果,

一般情况下当事人各方都有使用、转让和收益的权利。当事人就

此另有约定的,

从其约定。(2)就合作开发所完成的技术成果,

如属得申请专利的,

申请专利的

权利属于合作开发的当事人共有。当事人约定归其中一方或几方所有的,从其约定(《合同法》

第 3

4

0条第 1款)。就合作开发所完成的技术成果,如属不可申请专利或虽可申请专利,但当

事人不欲申请专利的,

对于此项技术秘密成果,

合作开发的各方当事人均有使用、

转让、

收益的

6

0



权利。当事人就此另有约定的,

从其约定。依据法释[2

0

0

4]2

0号第 2

0条的规定,

就技术秘密,

技术开发合同的当事人均有使用和转让的权利,包括当事人均有不经对方同意而自己使用或

以普通使用许可的方式许可他人使用技术秘密,并独占由此所获利益的权利。当事人一方将

技术秘密成果的转让权让与他人,

或者以独占或排他使用许可的方式许可他人使用技术秘密,

未经对方当事人同意或追认的,

应当认定该让与或许可行为无效。

就技术成果权益的分配,还应注意如下几点:(1)为鼓励风险投资,推动技术进步,《合同

法》第 3

3

9条规定,

委托开发合同中,研究开发人取得专利权的,委托人有权免费实施该项专

利。研究开发人转让专利申请权的,委托人有优先受让权,当然,此项优先受让权的享有和行

使以同等条件为前提。对于履行委托开发合同所取得的技术秘密成果,委托开发的研究开发

人不得在向委托人交付研究开发成果之前,

将研究开发成果转让给第三人。违反此项义务的,

应承担相应的违约责任。(2)合作开发完成的发明创造,

当事人一方转让其共有的专利申请权

的,

其他各方当事人在同等条件下享有优先受让权(《合同法》第 3

4

0条第 1款)。此项优先受

让权在本质上属于共有人的优先购买权的一种,其法律适用得参照优先购买权的一般规则。

(3)合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的,

该专利申请权由其他当事人单独

或共同享有并行使。经申请取得专利权的,声明放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利

(《合同法》第 3

4

0条第 2款)。(4)合作开发的当事人一方不同意申请专利的, 另一方或其他各

方不得申请专利(《合同法》第 3

4

0条第 3款)。

六、

技术开发合同终止的特别事由

作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开,

致使技术开发合同的履行没有意义的,

当

事人可以解除合同(《合同法》第 3

3

7条)。在实践中,作为技术开发合同标的的技术被他人公

开,

致使技术开发合同的履行没有意义的,主要包括两种情形:其一,他人业已开发出此项技

术,

并已申请专利;

其二,

他人已开发出此项技术,虽未申请专利,但人们已普遍掌握了此项技

术。这两种情形属于不可归责于双方当事人的事由,

系技术开发合同中的固有风险,

对这一风

险的负担,

当事人有约定的,

依其约定;

没有约定的,

各方合理分担。

第三节　技术转让合同

一、

技术转让合同概述

(一)技术转让合同的范围与法律性质

广义的技术转让合同,

是指当事人就专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让和专利

实施许可所订立的合同。狭义的技术转让合同不包括专利实施许可合同。《合同法》就技术转

让合同的范围采广义的理解。另据法释[2

0

0

4]2

0号第 2

2条规定,

技术转让合同中关于让与人

向受让人提供实施技术的专用设备、原材料或提供有关的技术咨询、技术服务的约定,属于技

术转让合同的组成部分。因此而发生的纠纷,按照技术转让合同处理。当事人以技术入股方



式订立联营合同,

但技术入股人不参与联营体的经营管理,并且以保底条款的形式约定联营体

或联营对方支付其技术价款或使用费的,

视为技术转让合同。

技术转让合同的法律性质如下:

1.

技术转让合同的标的物是现有的技术成果。技术转让合同的标的物,是现有的技术成

果,

且为成型的技术成果。技术转让合同的标的,

是移转该技术成果的行为。这与技术开发合

同的标的物是尚不存在的、

可能研发不出来的技术成果明显不同,也与技术咨询合同、技术服

务合同没有标的物相异。如果说在技术开发合同中,

因无法克服的技术困难使研究开发失败,

不足为奇,

且不产生违约责任,

那么,

技术转让合同所涉及的技术一定能够转让给受让人,

除非

新法禁止转让、

合同被解除。

2.

技术转让合同所确立的法律关系具有多样性。技术转让合同引发的法律关系,可能是

专利权转让法律关系、

专利申请权转让法律关系,也可能是技术秘密转让法律关系,还可能是

专利实施许可合同关系。套用物权法和买卖法的术语来描述,

专利权转让法律关系、

技术秘密

转让法律关系相当于货物买卖合同关系,

相当于有体物所有权移转的法律关系,而专利实施许

可合同关系相当于有体物使用权移转的法律关系。

〔

1

7

〕

3.

技术转让合同为双务、

有偿、

诺成、

要式的合同。在技术转让合同中,

让与人须转让其技

术成果、

技术成果的使用权或专利申请权,受让人须向让与人支付价金或使用费,故其为有偿

合同。当事人双方互负立于对价关系的义务,故为双务合同。技术转让合同并不以技术成果

的实际交付为成立要件,

而是自当事人意思表示一致时起即成立,

故为诺成合同。技术转让合

同应当以书面形式作成,

有的还要求具备特定的手续,

故为要式合同。

(二)技术转让合同中的“使用范围”条款

《合同法》第 3

4

3条规定,

技术转让合同可以约定让与人和受让人实施专利或使用技术秘

密的范围,

但不得限制技术竞争和技术发展。这就是关于技术转让合同中所谓的“使用范围”

条款。此处所称的“范围”,

是指技术让与人和受让人在合同中约定的对实施专利技术或使用

技术秘密的合理限制,

亦即受让人使用所受让专利技术或技术秘密的合法边界,同时也是让与

人可否使用该项专利技术或技术秘密的准则。按照法释[2

0

0

4]2

0号第 2

8条的规定,该“范

围”包括实施专利或使用技术秘密的期限、地域、方式以及接触技术秘密的人员等(第 1款)。

当事人对实施专利或使用技术秘密的期限没有约定或约定不明确的,受让人实施专利或使用

技术秘密不受期限限制(第 2款)。

受让人可在多大范围内使用专利技术,让与人可否使用该项专利技术,若可以,其范围和

程度如何?法律、

理论和实务采取了区分专利实施许可合同的办法,

一般将专利实施许可合同

分为普通专利实施许可合同、

排他专利实施许可合同和独占专利实施许可合同三种类型。当

事人对专利实施许可方式没有约定或约定不明确的,认定为普通实施许可。专利实施许可合

同约定受让人可以再许可他人实施专利的,

认定该再许可为普通实施许可,但当事人另有约定

的除外(法释[2

0

0

4]2

0号第 2

5条第 1款、

第 2款)。技术秘密的许可使用方式,

参照前述规则

确定(法释[2

0

0

4]2

0号第 2

5条第 3款)。排他实施许可合同让与人不具备独立实施其专利的

条件,

以一个普通许可的方式许可他人实施专利的,人民法院可以认定为让与人自己实施专

〔

1

7

〕 崔建远、

赵晓光:

“技术转让合同刍议”,

载《政治与法律》1

9

8

6年第 1期。

8

0

利,

但当事人另有约定的除外(法释[2

0

0

4]2

0号第 2

7条)。

除了确定技术实施许可合同的性质和种类外,合同中还可以约定让与人对受让人实施专

利技术和使用技术秘密的若干限制。这类限制主要包括:(1)期间范围。(2)使用地区范围。

在专利实施许可合同中存在的地域限制条款,

并不等同于专利权本身的地域限制的特征,即专

利仅仅在批准它的国家境内有效,

这作为一条法定的原则,

无须以合同条款加以赘述。这里的

地域限制,

一般指的是受让人有权依专利实施许可合同中许可使用的技术去从事产品制造或

销售等活动的地域范围,

它包括本国的不同地区或跨国的不同地区。(3)实施方式的范围。当

合同标的的实施表现为某种特定的工艺技术(方法),

并且该技术可以用于多种用途和目的时,

让与人可以在合同中规定受让人只能将其用于一种或几种目的和用途。

法律承认当事人在合同中约定使用范围的合法性,

并不意味着当事人可以滥用此项权利,

以种种不合理的限制性条款妨碍技术竞争和技术发展。含有上述条款的技术转让合同,依《合

同法》第 3

2

9条的规定,

应属带有“非法垄断技术,

妨碍技术进步”内容的无效技术合同。

(三)涉及专利权的技术转让合同的特别规定

专利权具有期限性特征,

如发明专利权的期限为 2

0年,实用新型专利权和外观设计专利

权的期限为 1

0年(《专利法》第 4

2条)。该有效期限届满,

该专利便进入公有领域,

任何单位和

个人都可以自由地无偿地使用。此时,专利权人自然不得就此项专利再行订立专利实施许可

合同(《合同法》第 3

4

4条)。

专利权在一定情况下还可能被宣告无效。根据我国《专利法》的规定,宣告无效的专利权

视为自始不存在(《专利法》第 4

7条)。当事人自然也不得就宣告无效的专利权与他人订立专

利实施许可合同(《合同法》第 3

4

4条)。

二、

技术转让合同的效力

(一)让与人的义务与责任

1.

许可受让人实施专利或向受让人转让技术秘密

让与人有义务依约许可受让人实施专利或向受让人转让技术秘密(《合同法》第 3

4

5条前

段)。让与人应当保证自己是所提供技术的合法拥有者,

并且保证所提供的技术完整、

实用、

可

靠、

无误、

有效,

能够达到约定的目标(《合同法》第 3

4

7条、

第 3

4

9条)。这是技术转让合同中让

与人的权利瑕疵担保义务和物的瑕疵担保义务的具体体现。受让人按照约定实施专利,使用

技术秘密侵害他人合法权益的,由让与人承担责任,除非当事人另有约定(《合同法》第 3

5

3

条)。此其一。让与人未按照约定转让技术的,应当返还部分或全部使用费,并应承担违约责

任。让与人违反约定擅自许可第三人实施该项专利或使用该项技术秘密的,应当停止不法行

为,

并承担违约责任。此其二。

2.

向受让人提供实施专利有关的技术资料的义务

让与人有义务依约向受让人交付实施专利有关的技术资料(《合同法》第3

4

5条中段)。这

里所说的技术资料,

包括实施专利技术所必需的情报、图表、设计文件及其他技术资料。这些

技术资料若涉及其他受让人实施专利技术所必需的技术秘密时,双方当事人还可以另外签订

非专利技术转让合同,

亦可订立专利技术和非专利技术的混合转让合同。

〔

1

8

〕让与人违反此项

义务的,

应当向受让人承担违约责任。

3.

向受让人提供必要的技术指导

让与人有义务提供必要的技术指导(《合同法》第 3

4

5条后段)。这是指让与人应依合同约

定协助受让人实施专利技术或技术秘密,帮助受让人解决实施专利技术或技术秘密过程中出

现的问题,

为受让人培训人员,

协助安装、

调试设备等。

〔

1

9

〕让与人违反此项义务,应当向受让人

承担违约责任。

4.

保证和承诺

让与人应当保证和承诺:受让人依合同约定使用所受让的技术不会损害第三人的权利。

若合同中约定专利实施许可为排他实施许可,则让与人不得在已经许可受让人实施专利的范

围内,

就同一专利与第三人订立专利实施许可合同;若合同中约定专利实施许可为独占实施许

可的,

让与人和任何第三人都不得在已经许可受让人实施专利的范围内实施该专利。让与人

违反此项义务,

应当向受让人承担违约责任。

5.

保密义务

受让人对所受让的技术应负保密义务,

显而易见,

让与人不将其转让的技术泄露给第三人,

以

免缩减受让人利用所受让的技术生产的产品所占有市场的份额,

或使受让人在受让技术的基础上

率先进一步研究开发成功。有鉴于此,

《合同法》第 3

4

7条后段明确规定了技术秘密转让合同中让

与人的保密义务。当然,

技术秘密转让合同让与人承担的保密义务具有一定的限度,

法释[2

0

0

4]

2

0号第 2

9条规定,

不限制让与人申请专利,

除非当事人约定让与人不得申请专利。

(二)受让人的义务与责任

1.

按照约定实施专利技术或技术秘密

受让人应当按照技术转让合同的约定实施专利技术或技术秘密,不得许可约定以外的第

三人实施该技术(《合同法》第 3

4

5条前段、

第 3

4

6条前段)。

在实务中,

让与人往往要求受让人承担实施专利的义务。尤其是在合同价款采取提成支

付的情况下,

通过受让人履行实施专利的义务,

可以使让与人获得受让人实施其专利的最大利

润。此时,

受让人的实施义务包括:

在一定时间内将专利产品投入生产;行使合同所约定的权

利;

在一定范围内生产专利产品并作相应的推销工作。让与人如果想使受让人承担实施义务, 应当与受让人在合同中达成明确的协议。

〔

2

0

〕

受让人实施专利或使用技术秘密超出约定范围的,未经让与人同意擅自许可第三人实施

该专利或使用该技术秘密的,

应当停止违约行为,

承担违约责任(《合同法》第 3

5

1条、

第 3

5

2条

中段)。

2.

支付使用费

受让人应当依约支付使用费(《合同法》第 3

4

6条、第 3

4

8条)。受让人未按照约定支付使

用费的,

让与人有权请求受让人补交使用费并按照约定支付违约金。受让人拒绝的, 应当停止

〔

1

8

〕 周大为:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 2

9

7页。

〔

1

9

〕 周大为:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 2

9

7页。

〔

2

0

〕周大为:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 3

0

5页。



实施专利或使用技术秘密,

交还技术资料,

承担违约责任(《合同法》第 3

5

2条前段)。

3.

保密义务

在所有的技术转让合同中,都有可能存在保密问题,受让人对于受让的技术负有保密义

务。对让与人提供的技术中尚未公开的秘密部分,更须按照约定的范围和期限承担保密义务

(《合同法》第 3

4

7条、

第 3

4

8条、

第 3

5

0条)。在技术转让合同中,需要保密的那部分技术通常

是最有价值的。

让与人为了保护自身的利益,

往往要在合同中对技术情报的保密作出规定,

要求受让人承

担不泄露有关技术情报的义务。受让人违反此类约定的,

应承担违约责任(《合同法》第 3

5

1条

后段、

第 3

5

2条后段)。

(三)后续改进技术成果的权益分配

所谓后续改进,

是指在技术转让合同的有效期内,

一方或双方对作为合同标的物的专利或

技术秘密所做的革新和改良。在科学技术迅猛发展的今天,多数技术转让合同所包含的技术

是双方都有可能进行新的改进和发展的。对于这种超出原有转让技术的新的改进和发展如何

分享,

当事人应在合同中明确约定,

没有约定或约定不明确的,

依照《合同法》第 6

1条的规定确

定,

仍不能确定的,

一方后续改进的技术成果,

其他各方无权分享(《合同法》第 3

5

4条)。

## 第四节　技术咨询合同

一、

技术咨询合同概述

技术咨询合同不是单一合同的概念,

而是一组合同的总称,

包括就特定技术项目提供可行

性论证、

技术预测、

专题技术调查、

分析评价报告以及其他属于技术咨询内容的合同(《合同法》

第 3

5

6条第 1款)。此处所谓的特定技术项目,

包括有关科学技术与经济社会协调发展的软科

学研究项目,

促进科技进步和管理现代化、

提高经济效益和社会效益等运用科学知识和技术手

段进行调查、

分析、

论证、

评价、

预测的专业性技术项目(法释[2

0

0

4]2

0号第 3

0条)。

技术咨询合同具有如下法律性质:

1.

技术咨询合同在技术交易领域内具有自己特定的范围,即受托人接受委托而从事并完

成某技术项目的可行性论证、

技术预测、

专题技术调查等软科学研究活动。

〔

2

1

〕作为技术咨询合

同内容的软科学研究活动,

包括如下范围:

(1)可行性研究,

即对某种技术项目的先进性和合理

性进行综合分析和研究的活动。它可以是对一个完整的工程项目的系统咨询服务,也可以是

对某一具体的技术开发项目的咨询服务。(2)技术经济论证,即在开发新技术、新产品、新工

艺、

新材料或兴建工程项目投资决策之后对决策效果进行经济技术论述和证明的科学分析活

动。它与可行 性 研 究 的 区 别 在 于,前 者 是 “先 决 策 后 会 审 论 证”,后 者 是 “先 分 析 后 决 策”。

(3)专题项目预测。(4)对国家的经济、

科技、

社会发展战略提供宏观决策咨询。(5)企业管理

〔

2

1

〕周大为:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 3

3

6页。

第二十四章　技术合同

1

1

4

咨询,

即为企业改善经营管理、

提高经济效益进行的诊断活动。(6)技术评估,

即根据一定的价

值标准,

以预测的方式,

分析某一技术的发明、

革新对于环境和社会的影响。(7)为引进境外先

进技术提供决策咨询。(8)进行科技成果的评价、鉴定和专利申请的审查。

〔

2

2

〕不难发现,就合

同内容而言,

技术咨询合同明显不同于技术开发合同、技术转让合同,因为技术开发合同的重

心是探索未知的技术,

技术转让合同是移转既有的专利技术或技术秘密。

2.

履行技术咨询合同的目的在于,

受托人为委托人进行科学研究、

技术开发、

成果推广、技

术改造、

工程建设、

科技管理等项目提出建议、意见和方案,供委托人在决策时参考,从而使科

学技术的决策和选择真正建立在民主化和科学化的基础之上。因此,技术咨询合同的履行结

果,

并不是某些立竿见影的科技成果,

而是供委托人选择的咨询报告。

〔

2

3

〕

3.

受托人拥有进行软科学研究的能力,具有作为委托人将要开展经济技术项目的顾问、

“参谋”的地位。这与技术咨询合同重在咨询的属性相一致。与此不同,在技术开发合同中,

开

发人是技术开发的生力军,

而非顾问、

“参谋”;技术转让合同中,转让人为技术的享有者,亦非

顾问、

“参谋”。

二、

技术咨询合同的效力

(一)委托人的义务与责任

1.

按照约定阐明咨询的问题,

向受托人提供技术背景资料及有关材料、

数据(《合同法》第 3

5

7

条前段)。必要时还应当依合同的约定为受托人做现场调查、

测试、

分析等工作提供方便。

〔

2

4

〕

委托人未按照约定提供必要的资料和数据,影响工作进度和质量,支付的报酬不得追回, 未支付的报酬应当支付(《合同法》第 3

5

9条第 1款)。不过,

受托人发现委托人提供的资料、

数

据等有明显错误或缺陷,

未在合理期限内通知委托人的,视为其对委托人提供的技术资料、数

据等予以认可。委托人在接到受托人的补正通知后未在合理期限内答复并予补正的,发生的

损失由委托人承担(法释[2

0

0

4]2

0号第 3

2条)。

至于委托人逾期不提供或不补充有关技术资料和数据、

工作条件,

导致受托人无法开展工

作的,

受托方有无权利解除技术咨询合同,

法无明文规定,

但对此应作肯定的回答,

因为这符合

《合同法》第 9

4条第 4项规定的解除条件。

2.

接受技术咨询的工作成果(《合同法》第 3

5

7条中段)。在技术咨询的工作成果符合约定

的标准场合,

委托人应当及时接受。委托人不接受或逾期接受工作成果的,

支付的报酬不得追

回,

未支付的报酬应当支付(《合同法》第 3

5

9条第 1款),同时,受托人有权依据《合同法》第

1

0

1条第 1款的规定提存该成果。在技术咨询的工作成果不符合约定的标准场合, 委托人有权

请求受托人承担违约责任。

3.

按约定支付报酬(《合同法》第 3

5

7条后段)。不言自明,在受托人完成的技术咨询的工

作成果符合约定的情况下,

委托人有义务支付报酬。委托人迟延支付报酬的,

受托人有权援用

《合同法》第 6

6条或第 6

7条规定的履行抗辩权,

暂时拒绝交付该项工作成果,

同时有权请求委

〔

2

2

〕 周大为:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 3

3

7~3

4

1页。

〔

2

3

〕 周大为:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 3

3

6页。

〔

2

4

〕 周大为:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 3

4

2页。

2

1



托人承担违约责任。

4.

保密义务。技术咨询合同对受托人提出的咨询报告和意见,

约定了保密义务的,委托人

必须遵守,

否则,

依法承担违约责任;

未约定保密义务,

委托人引用、

发表或向第三人提供的,不

认定为违约行为,

但侵害受托人对此享有的合法权益的,应当依法承担民事责任(法释[2

0

0

4]

2

0号第 3

1条第 2款)。

(二)受托人的义务与责任

1.

按照合同约定的期限完成咨询报告或解答委托人提出的问题 (《合同法》第 3

5

8条前

段)。受托人未按期提出咨询报告的,应当承担减收或免收报酬等违约责任(《合同法》第 3

5

9

条第 2款)。

2.

提出的咨询报告应当达到约定的要求(《合同法》第 3

5

8条后段)。咨询报告或解答委托

人所提问题不符合约定的,

应当减收或免收报酬,委托人还有损失的,应当承担赔偿责任(《合

同法》第 3

5

9条第 2款)。受托人不提交咨询报告的,

应当返还报酬,

赔偿损失。

3.

技术咨询合同对受托人进行调查研究、

分析论证、

试验测定等所需费用的负担没有约定

或约定不明确的,

由受托人承担(法释[2

0

0

4]2

0号第 3

1条第 1款)。

4.

保密义务。技术咨询合同对委托人提供的技术资料和数据,

约定了保密义务的,受托人

必须遵守,

否则,

依法承担违约责任;

未约定保密义务,

受托人引用、

发表或向第三人提供的,不

认定为违约行为,

但侵害委托人对此享有的合法权益的,应当依法承担民事责任(法释[2

0

0

4]

2

0号第 3

1条第 2款)。

(三)新技术成果的归属

在技术咨询合同的履行过程中,受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新

的技术成果,

属于受托人。委托人利用受托人的工作成果完成的新的技术成果,属于委托人。

当事人另有约定的,

按照其约定(《合同法》第 3

6

3条)。

所谓当事人另外的约定,

如当事人约定上述新的技术成果归各方共有,

或归一方当事人享

有,

但另一方有权免费使用等。

〔

2

5

〕

(四)风险负担

委托人按照受托人提供的符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失,由委

托人承担,

但当事人另有约定的除外(《合同法》第 3

5

9条第 3款)。根据诚实信用原则,

受托人

恶意提供错误的咨询报告和意见的,

只要证据确凿,

应当承担该项损失。

第五节　技术服务合同

一、

技术服务合同概述

(一)技术服务合同的界定

技术服务合同,

是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同,不

〔

2

5

〕周大为:

《技术合同法导论》,

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版,

第 3

4

5页。

4

包括建设工程合同和承揽合同(《合同法》第 3

5

6条第 2款)。这里所说的特定技术问题,包括

需要运用专业技术知识、

经验和信息解决的有关改进产品结构、

改良工艺流程、

提高产品质量、

降低产品成本、

节约资源能耗、

保护资源环境、

实现安全操作、

提高经济效益和社会效益等专业

技术问题(法释[2

0

0

4]2

0号第 3

3条)。

(二)技术服务合同的类型

1.

技术辅助服务合同。

〔

2

6

〕技术辅助服务合同不是单一合同的称谓,而是一组合同的总称, 包括产品设计合同、

工艺编制合同、

测试分析合同、

计算机程序编制合同、

工程计量合同等。

2.

技术中介合同。所谓技术中介合同,又称技术中介服务合同,是指当事人一方以知识、

技术、

经验和信息为另一方与第三人订立技术合同进行联系、介绍以及对履行合同提供专门服

务所订立的合同(法释[2

0

0

4]2

0号第 3

8条)。

3.

技术培训合同。技术培训合同,是指当事人一方委托另一方对指定的学员进行特定项

目的专业技术训练和技术指导所订立的合同,不包括职业培训、文化学习和按照行业、法人或

其他组织的计划进行的职工业余教育(法释[2

0

0

4]2

0号第 3

6条)。

4.

名为技术转让实为技术服务的合同。法释[2

0

0

4]2

0号第 3

4条规定,

当事人一方以技术

转让的名义提供已进入公有领域的技术,或在技术转让合同履行过程中合同标的技术进入公

有领域,

但是技术提供方进行技术指导、传授技术知识,为对方解决特定技术问题符合约定条

件的,

按照技术服务合同处理,

约定的技术转让费可以视为提供技术服务的报酬和费用,但是

法律、

行政法规另有规定的除外。从严格的意义上讲,名为技术转让实为技术服务的合同,并

非与技术培训合同、

技术中介合同、

技术辅助服务合同相并列的一种合同,法释[2

0

0

4]2

0号第

3

4条的规定,

反映的是一种准用的法律适用技术。

(三)技术服务合同的法律性质

1.

技术服务合同与技术开发合同的区别

技术服务合同不同于技术开发合同,区别较为明显:后者的标的为研究开发未知技术,前

者的标的则为受托人在其熟悉的专业范围内运用既有知识、技术、经验和掌握的信息解决特定

的技术问题;

后者场合存在着研究开发失败的风险,故不强求研究开发人必须提供约定的技术

成果,

而前者场合受托人必须完成约定的技术服务任务,因为只要受托人勤勉工作就能完成任

务。

〔

2

7

〕

2.

技术服务合同与技术转让合同的区别

技术转让合同转移的是专利技术、

技术秘密,

技术服务合同转移的是专利技术和技术秘密

以外的公有技术。提供技术服务,

在技术服务合同中是主要内容,

而在技术转让合同中仅仅处

于附属地位,

甚至无从体现。至于许多技术转让合同的履行过程中附带有一系列的技术服务

工作,

如为受让人进行人员培训、

设备调试、安装指导产品测试、鉴定等,有的作为技术转让合

同的组成部分,

有的则另外签订技术服务合同。

〔

2

8

〕 技术转让合同成立之时,作为标的物的技术

通常都已经存在;

技术服务合同适当履行之后,作为标的物(工作成果)的技术结晶才会出现。

〔

2

6

〕 这部分内容来自周大为:

《技术合同法导论》，

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版，

第 3

7

0～3

7

4页。

〔

2

7

〕 周大为:

《技术合同法导论》，

中国人民大学出版社 1

9

8

8年版，

第 3

5

7～3

5

8页。

〔28〕周大为:《技术合同法导论》,中国人民大学出版社1988年版,第360页。



技术转让合同接近买卖合同,技术服务合同接近承揽合同。

3. 技术服务合同与技术咨询合同的区别

技术咨询也是受托人为委托人提供技术方面的服务,仅就这点而言,技术服务合同与技术咨询合同难以区别。但两者的“服务”内容和侧重点不同:

(1)技术服务合同的标的较为具体,

且限于特定技术的服务(《合同法》第 3

5

6条第 2款);

而技术咨询合同的标的则较为广泛(《合

同法》第 3

5

6条第 1款)。如此区分技术服务合同与技术咨询合同,明确技术服务合同的该种

法律性质,

对于判断受托人是否适当地履行了义务,

是否违约,

具有决定性的作用。(2)与此相

联系,

在技术服务合同的场合,

特定技术是成熟的或相对成熟的,

换句话说,

技术服务合同的标

的是受托人以其技术知识为受托人解决特定技术问题的服务行为;而技术咨询合同的标的大

多较为抽象、

宏观,

可能是“无虚的”的泛泛而论,

可能是远景展望,

当然,

也不排除较为具体、

特

定的专题技术调查、

分析、

评价。(3)技术咨询合同中的受托人只是一个为委托人进行决策提

供参谋性意见和方案的“顾问”,

不具体地从事技术项目中的科技工作;

技术服务合同中的受托

人则要依约实施具体的专业科技工作,

不仅要向委托人传授技术知识和经验,还要时常运用上

述知识和经验解决某个特定的技术问题。(4)技术咨询合同中的受托人只负责向委托人提交

约定的咨询报告,

不承担决策的风险;

技术服务合同中的受托人提供的是一种现成的合同履行

结果,

该工作成果是唯一的,

对委托人来说不存在选择的余地。(5)技术服务合同区别于技术

咨询合同的重要之处在于,

后者场合,

受托人一般不直接“干预”委托人的生产经营活动,一般

不深入委托人的工作场所,

不渗透到委托人的工作环节之中;而技术服务合同场合,受托人亲

临委托人之所,

亲自动手解决委托人所面临的技术问题,或者手把手地教会委托人一方的工作

人员,

以解决其技术问题。由上述决定,技术服务合同中,委托人大多负有为受托人一方的技
术服务人员提供适当场所、

保障人身安全的义务。

〔

2

9

〕

二、

技术服务合同的效力

(一)委托人的义务与责任

1.

按照约定提供工作条件,

完成配合事项(《合同法》第 3

6

0条前段)。此处所说的工作条

件,

包括受托人完成技术服务工作所必需的资料、数据、样品、材料、场地等条件。当事人对技
术培训必需的场地、

设施和试验条件等工作条件的提供和管理责任没有约定或约定不明确的,由委托人负责提供和管理(法释[2

0

0

4]2

0号第 3

7条第 1款)。应予注意的是,受托人发现委

托人提供的资料、

数据、

样品、

材料、

场地等工作条件不符合约定,未在合理期限内通知委托人

的,

视为其对委托人提供的工作条件予以认可。委托人在接到受托人的补正通知后未在合理

期限内答复并予补正的,

发生的损失由委托人承担(法释[2

0

0

4]2

0号第 3

5条第 2款)。

2.

接受工作成果(《合同法》第 3

6

0条中段)。工作成果及其接受,在技术培训合同和技术

中介合同中可能不存在,

但在技术辅助服务合同中表现得较为突出。只要合同约定了工作成

果及其交付,

委托人就应当按期接受。在验收工作成果时,

如发现工作成果不符合合同规定的

技术指标和要求,

应当在约定的期限内及时通知对方返工或改进。委托人迟延接受工作成果

的,

受托人有权采取提存的措施。

〔

2

9

〕较为详细的阐释,

参见崔建远:

《合同法学》,

法律出版社 2

0

1

5年版,

第 4

6

0~4

6

1页。

第二十四章　技术合同

5

1

4

3.

按照约定和法定给付报酬。受托人按照合同的约定履行了义务,委托人就应当付清报

酬(《合同法》第 3

6

0条后段)。否则,

成立违约责任。此其一。对于技术培训合同中的报酬及

其给付,

法释[2

0

0

4]2

0号第 3

7条规定了如下规则:

委托人派出的学员不符合约定条件,

影响培

训质量的,

由委托人按照约定支付报酬(第 2款)。受托人配备的教员不符合约定条件, 影响培

训质量,

或受托人未按照计划和项目进行培训,导致不能实现约定培训目标的,应当减收或免

收报酬(第 3款)。受托人发现学员不符合约定条件或委托人发现教员不符合约定条件,未在

合理期限内通知对方,

或接到通知的一方未在合理期限内按约定改派的,应当由负有履行义务

的当事人承担相应的民事责任 (第 4款)。此其二。技术中介合同中的报酬及其给付,法释

[2

0

0

4]2

0号第 3

9条规定了如下规则:

中介人的报酬,是指中介人为委托人与第三人订立技术

合同以及对履行该合同提供服务应当得到的收益(第 1款后段)。当事人对中介人的报酬数额

没有约定或约定不明确的,

应当根据中介人所进行的劳务合理确定,

并由委托人承担。仅在委

托人与第三人订立的技术合同中约定中介条款,

但未约定给付中介人报酬或约定不明确的,应

当支付的报酬由委托人和第三人平均承担(第 3款)。中介人未促成委托人与第三人之间的技

术合同成立的,

其要求支付报酬的请求,人民法院不予支持;其要求委托人支付其从事中介活

动必要费用的请求,

应当予以支持,但当事人另有约定的除外(第 4

0条第 1款)。中介人隐瞒

与订立技术合同有关的重要事实或者提供虚假情况,侵害委托人利益的,应当根据情况免收报

酬并承担赔偿责任(第 4

0条第 2款)。中介人对造成委托人与第三人之间的技术合同的无效

或被撤销没有过错,

并且该技术合同的无效或被撤销不影响有关中介条款或技术中介合同继

续有效,

中介人要求按照约定或法释[2

0

0

4]2

0号的有关规定给付从事中介活动的报酬的,

人民

法院应当予以支持(第 4

1条第 1款)。中介人收取从事中介活动的报酬不应被视为委托人与

第三人之间的技术合同纠纷中一方当事人的损失(第 4

1条第 2款)。此其三。在名为技术转

让实为技术服务合同场合,

技术转让费视为提供技术服务的报酬和费用明显不合理的,人民法

院可以根据当事人的请求合理确定(法释[2

0

0

4]2

0号第 3

4条第 2款)。此其四。委托人不履

行合同义务或履行合同义务不符合约定,影响工作进度和质量,不接受或
逾期接受工作成果

的,

支付的报酬不得追回,

未支付的报酬应当支付(《合同法》第 3

6

2条第 1款)。受托人未按照

合同约定完成服务工作的,

应当承担免收报酬等违约责任(《合同法》第 3

6

2条第 2款)。此其

五。

4.

费用负担。技术服务合同约定了费用负担的,依其约定。当事人对受托人提供服务所

需费用的负担没有约定或约定不明确的,由受托人承担(法释[2

0

0

4]2

0号第 3

5条第 1款)。

此其一。技术中介合同中费用的承担,

法释[2

0

0

4]2

0号规定了如下规则:

中介人从事中介活动

的费用,

是指中介人在委托人和第三人订立技术合同前,

进行联系、

介绍活动所支出的通信、

交

通和必要的调查研究等费用(第 3

9条第 1款前段)。当事人对中介人从事中介活动的费用负

担没有约定或约定不明确的,

由中介人承担。当事人约定该费用由委托人承担但未约定具体

数额或计算方法的,

由委托人支付中介人从事中介活动支出的必要费用(第 3

9条第 2款)。中

介人未促成委托人与第三人之间的技术合同成立的,其要求委托人支付其从事中介活动必要

费用的请求,

应当予以支持,

但当事人另有约定的除外(第 4

0条第 1款后段)。中介人隐瞒与

订立技术合同有关的重要事实或提供虚假情况,

侵害委托人利益的,应当根据情况免收报酬并

承担赔偿责任(第 4

0条第 2款)。中介人对造成委托人与第三人之间的技术合同的无效或被

撤销没有过错,

并且该技术合同的无效或被撤销不影响有关中介条款或技术中介合同继续有

效,

中介人要求按照约定或法释[2

0

0

4]2

0号的有关规定给付从事中介活动的费用的,

人民法院

应当予以支持(第 4

1条第 1款)。中介人收取从事中介活动的费用不应当被视为委托人与第

三人之间的技术合同纠纷中一方当事人的损失(第 4

1条第 2款)。此其二。在名为技术转让

实为技术服务合同的场合,约定的技术转让费可以视为提供技术服务的报酬和费用,但是法

律、

行政法规另有规定的除外(第 3

4条第 1款后段)。技术转让费视为提供技术服务的报酬和

费用明显不合理的,

人民法院可以根据当事人的请求合理确定(第 3

4条第 2款)。

5.

保密义务。技术服务合同中的保密义务,

较技术开发合同、

技术转让合同中的要轻。不

过,

当事人约定了保密义务的,

自然依其约定;

当事人没有约定的,

按照具体合同的内容和性质

应当适用《合同法》第 6

0条第 2款规定的,

当事人也负有保密义务。

(二)受托人的义务与责任

1.

按照合同约定完成服务项目,

解决技术问题(《合同法》第 3

6

1条前段)。技术服务合同

的目的及功能决定,

受托人按照合同约定完成服务项目,

解决技术问题,

为其主给付义务,

必须

适当履行。否则,

成立承担违约责任,产生履行抗辩权。受托人完成的技术项目是否合格,在

短期内难以发现的,

当事人各方可在合同中约定质量保证期。在质量保证期内发现存在缺陷

的，

受托人有义务采取补救措施。在该期间届满时受托人仍未消除缺陷的，委托人有权解除合

同，

并请求受托人承担损害赔偿责任。

2.

保证工作质量(《合同法》第 3

6

1条中段)。受托人保证工作质量，

是其适当履行的表现，

同样为主给付义务。该项义务在技术培训、技术中介等合同中更为重要。受托人违反该项义

务，

同样成立承担违约责任，

产生履行抗辩权。

3.

传授解决技术问题的知识(《合同法》第 3

6

1条后段)。传授解决技术问题的知识,在技

术辅助服务合同中是受托人的附随义务,在技术培训等合同场合通常为主给付义务。受托人

违反该项义务，

都成立违约责任，

只不过在作为附随义务时不轻易产生解除权。

4.

保管委托人交给的技术资料、样品、材料。基于技术服务合同正常履行

的需要,按照当

事人的约定,

委托人提供给受托人有关的技术资料、

样品、

材料等,

受托人负有依善良管理人的

注意保管它们的义务。受托人违反该项义务,应当承担违约责任;是否成立履行抗辩权,须视

具体情况,

看是否符合构成要件,

予以确定。受托人发现委托人提供的资料、数据、样品、材料

等需要特别保管的,

应在合理期限内通知委托人。否则,

受托人应承担保管不善的责任。委托

人在接到受托人的上述通知后未在合理期限内答复并采取必要措施的,发生的损失由委托人

承担(法释[2

0

0

4]2

0号第 3

5条第 2款)。

5.

保密义务。按照技术服务合同的性质,当事人约定,受托人对某些技术及其数据、资料

等负有保密义务的,

受托人必须遵守。否则,

成立违约责任。

三、

新技术成果权益的归属

技术服务合同的履行过程中,

受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件所完成的新

的技术成果,

除合同另有约定外,

属于受托人;委托人利用受托人的工作成果所完成的新的技

术成果,

除合同另有约定外,

属于委托人(《合同法》第 3

6

3条)。

第二十四章　技术合同

7

1

4

四、

技术中介合同与技术培训合同的法律适用

技术中介合同和技术培训合同属于技术服务合同的两个具体类别。

技术中介合同是指双方当事人约定中介人依据委托人的要求,为委托人与第三人订立技

术合同提供机会或促成技术合同订立,

由委托人向中介人给付约定报酬的合同。可见,

技术中

介合同,

其实就是技术居间合同。《合同法》关于居间合同的规定对其有适用余地。此外, 国家

为规范技术中介市场,

出台了一系列的规定,其中属法律或行政法规的,对技术中介合同也有

适用余地。

技术培训合同是指双方当事人约定,受托方为委托人的指定人员进行特定技术培养和训

练的合同。技术培训合同是国际上公认的技术服务合同形式。就技术培训, 其他法律、

行政法

规设有规定的,

适用其规定。

## 第二十五章　保 管 合 同

### 第一节　保管合同概述

一、

保管合同的界定与法律性质

保管合同,

又称寄托合同,

或寄存合同,是指双方当事人约定一方当事人保管另一方当事

人交付的物品,

并返还该物的合同(《合同法》第 3

6

5条)。其中保管物品的一方当事人叫做保

管人,

或称受寄托人,

简称为受寄人,

其保管的物品称为保管物,

交付物品保管的一方当事人称

作寄存人,

或称寄托人。

保管合同具有如下法律性质:

1.

保管合同为实践合同。保管合同的成立,须有当事人双方的意思表示一致。且寄存人

应将保管物交付于保管人(《合同法》第 3

6

7条前段),即寄存人交付保管物是保管合同成立的

要件,

表明保管合同为实践合同,

而非诺成合同。不过,

当事人约定保管合同为诺成的,

依其约

定(《合同法》第 3

6

7条后段)。

2.

保管合同以物品的保管为直接目的。所谓保管,

是指占有保管物,

提供劳务对其加以照

管保护,

而维持其原状。不同于管理,

它仅指保存行为,

而管理包括保存行为、

改良行为和利用

行为。既然如此,

保管人就不得对保管物进行改良、利用(《合同法》第 3

7

2条),更不得处分。

在这点上保管合同与租赁、

借用等合同区别开来,因为保管合同系以物的保管为直接目的,不

包括对物的使用,

而租赁合同和借用合同则于物的保管外,

并以物的使用为直接目的。

〔1〕 保管

合同以保管为直接目的,

而雇用合同以提供劳务为直接目的,承揽合同以完成一定工作(并交

付其成果)为直接目的,

委托合同以处理事务为直接目的,可见保管合同这种提供劳务的合同

不同于雇用、

承揽、

委托等提供劳务的合同。

〔2〕

3.

保管合同不发生保管物所有权的移转。保管合同场合仅移转保管物的占有,为实践合

同的属性使然,

并不以保管人获得保管物的所有权或使用权为目的,不发生保管物所有权或使

用权的转移。

〔3〕不过,消费保管合同场合则发生保管物所有权的移转。

4.

保管合同可以为无偿合同,也可以为有偿合同。车站、码头等场所开设的寄存店,其成

〔1〕史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 4

8

9页;

郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局

1

9

8

1年第 6版,

第 5

1

7页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

1

1~3

1

2页。

〔2〕 史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 4

8

9页;

郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局

1

9

8

1年第 6版,

第 5

1

7页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

1

1~3

1

2页。

〔3〕 此种交付,

在罗马法上称为“空虚引渡”。

第二十五章　保管合同

9

1

4

立的保管合同大多为有偿,

当然,需要依据约定。其他场合,保管合同多为社会成员相互提供

帮助或服务部门为人们提供服务的一种形式,

表现出无偿性。判断保管合同有偿还是无偿,

首

先看当事人双方的约定;

没有约定的,

能够达成补充协议确定,

依该补充协议;

达不成补充协议

的,

按照交易习惯确定(《合同法》第 6

1条)。如此仍不能确定的,保管合同为无偿合同(《合同

法》第 3

6

6条第 2款)。

5.

保管合同可以为单务合同,

也可以为双务合同。保管合同为无偿的场合,

同时为单务合

同;

保管合同为有偿的场合,

同时为双务合同。

6.

保管合同为不要式合同。保管合同并不要求当事人采取特定的形式, 故为不要式合同。

7.

保管合同为继续性合同。保管人必须在一定或不定的期间内持续地提供劳务,照顾保

护保管物,

而维持其原状,

表明保管合同为继续性合同。

二、

保管合同的类型

保管合同有一般保管合同和特殊保管合同之分。所谓一般保管合同, 望文生义,

即一般性

的保管合同,

《合同法》第 3

6

5条至第 3

8

0条规定的保管合同属于此类。所谓特殊保管合同,

是

指相对于一般保管合同而言另具特殊情况的保管合同,分为消费保管合同、法定保管合同和仓

储合同。

(一)消费保管合同

所谓消费保管合同,

也称不规则保管合同,是指以代替物为保管物,约定将保管物的所有

权移转于保管人,

而将来由保管人以种类、

品质、

数量相同之物返还的保管合同。其特点在于,

以代替物作为保管物,

且移转保管物的所有权。

〔4〕

以金钱为保管物的,

只要将金钱交给保管人,就推定成立消费保管合同。不过,当事人可

举证推翻,

即证明成立一般保管合同而非消费保管合同,如包封金钱(封金)的保管,约定保管

人必须返还原包封的金钱(原物),

则所成立的是一般保管合同。《合同法》第 3

7

5条、

第 3

7

8条

规定了此类消费保管合同。以金钱以外的代替物作为保管物的,消费保管合同的成立应当具

备以下要件:

(1)须将保管物交付于保管人;

(2)须约定将保管物的所有权移转于保管人,并由

保管人以种类、

品质、

数量相同的物返还。

〔5〕

消费保管合同和消费借贷合同具有共性,

如均以代替物作为标的物,

均须移转标的物的所

有权,

都约定返还种类、

品质、

数量相同的物。但两者也存在区别:前者以保管为目的,后者以

借用人对于借用物的利用或消费为目的;前者虽兼有为保管人的利益,但主要为寄存人的利

益,

而后者则为借用人的利益。

〔6〕

〔4〕 郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年第 6版,

第 5

3

9~5

4

0页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),姚志明校

订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

7

1~2

7

2页;刘春堂:《民法债编各论》(中),三民书局 2

0

0

7年版,第 3

1

4~

3

1

5页,

第 3

4

2页以下。

〔5〕 参考郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年第 6版,第 5

3

9页以下;邱聪智:《新订债法各论》(中),姚志

明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

9

5页以下;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

4

2

页以下。

〔6〕 参考郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年第 6版,第 5

3

9页以下;邱聪智:《新订债法各论》(中),姚志

明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

9

5页以下;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

07年版,第342页以下。



(二)法定保管合同

所谓法定保管合同,是指具备法定要件时,当然成立的保管合同。其特点在于,保管合同的成立并非基于当事人的意思表示,而是依据法律的直接规定。

(三)仓储合同

《合同法》第381条至第395条规定了仓储合同,属于一种独立的有名合同,这部分内容将在本书第二十六章“仓储合同”中专门做讨论。

## 第二节 保管合同的效力

一、

保管人的义务及责任

(一)给付保管凭证的义务

根据《合同法》第 3

6

8条的规定,除非另有交易习惯,寄存人向保管人交付保管物的,保管

人应当给付保管凭证。

保管凭证的给付,

并非保管合同的成立要件,亦非保管合同的书面形式,仅是证明保管合

同关系存在的凭证。

(二)保管保管物的义务

1.

妥善保管保管物的义务

妥善保管保管物是保管人依保管合同应负的主要义务(《合同法》第 3

6

9条第 1款)。此处

所谓妥善保管,

在无偿保管合同的场合,是指保管人以处理自己事务的注意进行保管,在有偿

保管合同的场合,

是指保管人以善良管理人的注意进行保管。但需强调的是,

为充分保护消费

者的利益,

应注意到特定场合下的保管合同所具有的间接的有偿性,商业经营场所对顾客寄存

的物品的保管即属此类。于此场合,

不论其保管是有偿还是无偿,

保管人都应尽善良管理人的

注意。

〔7〕

2.

自己保管保管物的义务

保管人应当自己保管保管物,

不得将保管物转交第三人保管,

除非当事人另有约定(《合同

法》第 3

7

1条前段)。所谓自己保管,不以保管人亲自保管为限,利用履行辅助人辅助保管,亦

无不可。但履行辅助人在保管过程中有故意或过失,

致保管物发生损害的,

保管人应当向寄存

人负责赔偿。

〔8〕 保管人依约定或经寄存人同意,可以将保管物转交第三人保管(《合同法》第

3

7

1条但书及其准用)。由此形成的保管叫做合法转保管。原保管和合法转保管系各自独立的

法律关系,

因而原寄存人和原保管人之间的权利义务,

以及原保管人(转保管人)和次保管人之

间的权利义务,

亦各自独立,

原寄存人和次保管人之间不发生保管合同项下的权利义务。

〔9〕在

〔7〕郭明瑞、

王轶:

《合同法新论·分则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

7年版,

第 3

4

0页。

〔8〕史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 4

9

6页;

郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局

1

9

8

1年第 6版,

第 5

2

9页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

2

2页。

〔9〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

2

3页。

第二十五章　保管合同

1

2

4

合法转保管的情况下,

保管人应就对第三人(次保管人)的选任和对该第三人(转保管人)所为

的指示,

承担过失责任。保管人若能证明自己在对第三人的选任和指示上没有过失的, 则不承

担责任。显然,

这里的举证责任在保管人一方。

〔

1

0

〕保管人擅自将保管物转交第三人代为保管

的,

构成违法的转保管。对于保管物因此而发生的损害,保管人应负损害赔偿责任(《合同法》

第 3

7

1条第 2款)。

3.

不得使用保管物的义务

保管合同的目的在于保管。使用保管物,

足以减损其价值,

危害寄存人的利益,所以,保管

人非经寄存人同意,不得使用保管物,也不得许可第三人使用保管物(《合同法》第 3

7

2条前

段)。应当指出的是,

虽然未经寄存人同意,但在保管物的保管上,需要加以利用,始能善尽保

管之能事的,

即对保管物的使用属于保管方法的一部分时,保管人仍可在保管方法必要的范围

内使用保管物。《合同法》对此虽无明文规定,

显然应作这样的解释。

4.

遵守指示的义务

对保管物的方法和场所,

当事人有约定的,

应从其约定。除紧急情况或为了维护寄存人的

利益,

保管人不得擅自改变保管的场所或方法(《合同法》第 3

6

9条第 2款)。所谓为了维护寄

存人的利益,

保管人可改变保管场所、方法,如保管鲜肉,原约定采取冷藏的方法,但因热浪突

袭,

以冷藏方法保管鲜肉无济于事,非改为冷冻方式不可,保管人即可采取冷冻方式保管该鲜

肉。《合同法》没有附加通知并俟其指示的义务,但从寄存人最清楚如何保管其物的推定理论

着眼,

应作如此解释。

(三)危险通知义务

这里所谓的危险,

是指保管物罹于诉讼的情形,

〔

1

1

〕

如第三人就保管物对保管人提起诉讼或

对保管物申请扣押。所谓危险通知,是指第三人就保管物对保管人提起诉讼或对保管物申请

扣押的,

保管人应当及时通知寄存人(《合同法》第 3

7

3条第 2款)。

关于危险通知义务的成立,

《合同法》第 3

7

3条第 2款使用的措辞是第三人对保管人提起

诉讼。实际上,

并非所有第三人对保管人提起诉讼的都产生危险通知义务,

如第三人就保管人

诋毁其名誉而提起诉讼的,

就不成立危险通知义务。有鉴于此,

需要明确危险通知义务的成立

要件:

(1)须 第 三 人 就 保 管 物 主 张 权 利。此 处 所 谓 权 利,有 学 者 认 为 系 指 所 有 权 或 其 他 物

权,

〔

1

2

〕

有学者主张,

不以第三人主张其为物的权利人的情况为限,如第三人为实现其对于保管

人的金钱债权,

主张保管物为保管人所有而查封拍卖的,也成立危险通知义务。

〔

1

3

〕(2)须第三

人就保管物对保管人提起诉讼或对保管物申请扣押。这里所谓提起诉讼,

应作广义理解,

包括

申请发支付令、

申请调解、

告知诉讼、开始执行行为或申请强制执行、申请仲裁等。所谓扣押,

〔

1

0

〕史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 4

9

6页;

郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局

1

9

8

1年第 6版,

第 5

3

0~5

3

1页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

8

1

页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

2

3页。

〔

1

1

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

8

4页。

〔

1

2

〕 郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年第 6版,第 5

3

2页;刘春堂:《民法债编各论》(中),三民书局 2
0
0
7
年版,
第 3
2
8页。
〔
1
3
〕 史尚宽:
《债法各论》,
荣泰印书馆股份有限公司 1
9
8
1年第 5版,
第 4
9
8页;
邱聪智:
《新订债法各论》(中),
姚志明校
订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

8

4页。



即第三人申请查封保管物。

〔

1

4

〕

违反危险通知义务,

给寄存人造成损失的,

保管人应负损害赔偿责任。《合同法》对此虽无

明文规定,

但依附随义务的法理应当如此解释。

(四)返还保管物的义务

所谓返还保管物的义务,

是指在法定或约定的事由出现,

保管人丧失了继续占有保管物的

权源时,

应当将保管物返还给寄存人的义务。

对于保管人返还保管物的事由,

《合同法》规定了保管合同期限届满、

寄存人提前领取保管

物(第 3

7

7条)和寄存人随时领取保管物(第 3

7

6条)三种。(1)保管合同期限届满时,

保管合同

终止(消灭),

保管人占有保管物的权源消失,

成立无权占有,

产生保管物的返还义务。(2)寄存

人提前或随时领取保管物,

实质上是寄存人行使任意解除权,将保管合同这种继续性合同解除

(终止),

保管人丧失继续占有保管物的权源,

因此应承担返还保管物的义务。它适用于当事人

对保管期限有明确约定(定期保管)的场合。

保管人应返还保管物及其孳息(《合同法》第 3

7

7条)。在消费保管合同的场合,保管物为

货币的,

保管人可以返还相同种类、

数量的货币;

保管物为其他替代物的,

可以按照约定返还相

同种类、

品质、

数量的物品(《合同法》第 3

7

8条)。货币为封金的,应当返还原封金。不能返还

封金的,

应当返还相同种类、

数量的货币。如此不能弥补寄存人损失的,保管人应承担损害赔

偿责任。

保管物的返还场所,

从维护寄存人的利益方面考虑,原则上应为保管地。所谓保管地,是

指应为保管之地。保管物为不动产的,

保管地应为该不动产所在地;

〔

1

5

〕若动产的,其应为保管

之地,

当事人有约定的依其约定,

没有约定的,应由保管人按照保管物的种类、性质、价值等情

况,

酌定适当的场所。

〔

1

6

〕

在合法转保管,

或保管人因急迫情况而改变保管场所的情况下,为了减轻保管人的负担,避免无谓的劳务及其费用,

保管人可以在保管物的现在地予以返还。

〔

1

7

〕

基于合同的相对性原理,保管人返还保管物义务的履行应向保管合同的另一方当事人

—

—

—寄存人为之。在第三人对保管物主张权利时,除非有关机关已经对保管物采取了保全或

执行措施,

保管人仍应向寄存人履行返还保管物的义务。

(五)损害赔偿责任

保管期间,

因保管人保管不善造成保管物毁损、

灭失的,

保管人应当承担损害赔偿责任,但

保管若为无偿时,保管人证明自己没有重大过失的,不承担损害赔偿责任(《合同法》第 3

7

4

条)。这反映出在无偿合同场合适当地减轻保管人的责任的立法政策。

〔

1

4

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

2

9页。

〔

1

5

〕《合同法》对保管物究为动产或不动产未设明文,

从其第 3

8

0条关于保管人享有留置权和《物权法》第 2

3

0条关于留

置权的标的物限于动产的规定看,

似应得出保管物限于动产的结论。但如此解释,不利于社会生活,会给某些当事

人带来不便,

不如承认不动产亦可作保管物更为灵活、

实用。

〔

1

6

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

8

6页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

3

2页。

〔

1

7

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

8

7页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

3

2页。

这里所谓的保管不善,

还包括这样的情形:

寄存人交付的保管物有瑕疵或按照保管物的性

质需要采取特殊保管措施的,

寄存人已经将有关情况告知了保管人,保管人却未予注意,仍按

照无瑕疵之物或无特殊性质之物实施管理。因此给寄存人造成损失的,保管人应当负责赔偿。

寄存人未告知导致保管物受损失的,

保管人不承担损害赔偿责任,除非保管人知道或应当知道

保管物有瑕疵或性质特殊并且未采取补救措施(《合同法》第 3

7

0条前段)。

保管人的损害赔偿责任有时在范围上受到限制。例如,

寄存人寄存货币、

有价证券或其他

贵重物品的,

应当向保管人声明,

否则,该物品毁损、灭失后,保管人可以按照一般物品予以赔

偿(《合同法》第 3

7

5条)。

二、

保管人的权利

(一)费用偿还请求权

保管合同系为寄存人的利益而设,因保管所生费用理应由寄存人负担。《合同法》对此虽

然未设明文,

但应如此确定,

方为公正。

这里所谓的费用,

有立法例及其学说限定为必要费用,是指保管人为履行保管义务,以维

持保管保管物的原状,

客观上所不可缺少的一切费用。例如,保管物的税费、保险费、清洁费、

动物的饲养费、

生鲜物品的冷藏费、

为保管保管物而设置或购置的必要设备费等,

均属此类。

〔

1

8

〕

必要费用,

系为寄存人的利益而设,保管人应自支付时起请求寄存人返还,并可请求自支

付时起所产生的法定利息。至于是逐笔请求,

还是总括请求,

均无不可。

〔

1

9

〕当事人双方有约定

的,

依其约定。

(二)保管费(报酬)请求权

《合同法》第 3

7

9条第 1款规定,

有偿的保管合同,

寄存人应当按照约定的期限向保管人支

付保管费。此处所谓保管费,

不同于前述“因保管所生费用”,

是指保管人因保管保管物所应获

得的报酬。其发生的前提为存在着有偿合同。其种类依当事人的约定加以确定, 若无此约定,

通常以给付金钱为报酬。其数额更应依当事人的约定加以确定,

若无此约定,

应按价目表所定

给付,

若无价目表,

按照交易习惯确定。

〔

2

0

]

保管费的支付期,

当事人有约定的,

依其约定;

没有约定或约定不明确的,

双方当事人可通

过签订补充协议加以确定,

达不成补充协议的,

按照交易习惯确定(《合同法》第 6

1条);

依据这

些方法仍不能确定的,

寄存人有义务在领取保管物的同时支付(《合同法》第 3

7

9条第 2款)。

从权利的角度观察,

保管人享有先履行抗辩权。

保管合同中的保管费(报酬)支付,

采取了保管费(报酬)后付原则,因此,保管人不得就保

管费(报酬)的未付与保管物的保管,

主张同时履行抗辩权,

但可就保管费(报酬)的支付与保管

物的返还主张先履行抗辩权。

〔

1

8

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

8

7页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

3

3页。

〔

1

9

〕邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

8

7页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

3

3页。

〔

2

0

〕邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

9

1页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

3

6~3

3

7页。

4

2



(三)损害赔偿请求权

保管人履行保管义务,

系为寄存人的利益而为,

由此所受的损失,

在合理的情况下,

寄存人

应当予以适当赔偿。《合同法》第 3

7

0条后段对此予以承认,

但设有限制,

也可以说规定了构成

要件。概括起来,

有如下几项:

(1)保管人因保管物的性质或瑕疵受到损失。所谓保管物的性

质,

是指保管物具有爆炸性、

腐蚀性或放射性等属性。所谓保管人因保管物的性质受到损失,

是指保管人因保管物的爆炸、

腐蚀或放射等受到伤害,或其物品因此而毁损、灭失。所谓保管

物的瑕疵,

是指保管物的品质、

效用或价值存在缺陷的情形。所谓保管人因保管物的瑕疵受到

损失,

例如,

保管的衣物为被污染之物,导致保管人患病。

〔

2

1

〕(2)保管人不知道也不应当知道

保管物有瑕疵或按照保管物的性质需要采取特殊保管措施,至于是否可得而知,也就是保管人

对其不知保管物有瑕疵或保管物的性质需要采取特殊保管措施,

有无过错,

在所不问。保管人

若知道或应当知道保管物有瑕疵,仍愿意保管,情形上犹如自甘冒险,法律没有特别保护的必

要,

不必责令寄存人承担损害赔偿责任。(3)保管人于履行保管义务中遭受损失的原因须非可

归责于自己。保管人若因自己的过错而遭受损失,

无权请求寄存人予以赔偿。例如,

保管人已

知保管物的性质特殊,

必须采取特殊保管措施,

却不采取,

肇致自己受到损害,

法律对此没有特

别保护的必要,

不必责令寄存人承担损害赔偿责任。

(四)对保管物的留置权

寄存人未按照约定支付保管费以及其他费用的,

保管人对保管物享有留置权,

除非当事人

另有约定(《合同法》第 3

8

0条)。

第三节　保管合同的终止

一、

保管合同终止的原因

保管合同作为合同,

在终止方面自然适用《合同法》第六章“合同的权利义务终止”的规定,同时其也存在特殊的终止原因,

兹介绍如下。

(一)保管物的返还

保管合同以保管保管物为直接目的,

保管人将保管物返还于寄存人时,

合同目的即便没有

完成,

也无从实现,不如使保管合同终止。有鉴于此,保管物的返还应为保管合同终止的原

因。

〔

2

2

〕

(二)合同解除

其一,

保管人和寄存人协商一致,

将保管合同解除(《合同法》第 9

3条第 1款),

保管合同因

此而终止。其二,

保管合同为继续性合同,

具有人格信赖性,

任何一方可行使解除权(终止权),

〔

2

1

〕参考邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

8

9页;刘春堂:《民法债编各

论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

3

4页。

〔22〕邱聪智:《新订债法各论》(中),姚志明校订,中国人民大学出版社2006年版,第293页;刘春堂:《民法债编各论》(中),三民书局2007年版,第339页。

使保管合同终止。但需注意的是,

在任意解除权的赋予上,《合同法》区分了寄存人和保管人,

同时也区分了约定期限的保管合同和没有约定保管期限的保管合同。(1)其第 3

7

6条第 1款

关于寄存人可随时领取保管物的规定,

表明不论保管期限是否约定或是否明确,寄存人均可随

时解除保管合同。(2)其第 3

7

6条第 2款前段关于当事人对保管期限没有约定或约定不明确

的,

保管人可以随时要求寄存人领取保管物的规定,表明在保管期限明确的场合保管人无任意

解除权。其三,

任何一方当事人违约,符合《合同法》第 9

4条第 2项至第 4项规定的条件之一

的,

对方当事人均有权解除保管合同。

(三)保管物的承受

保管物的所有权由保管人受让,

无论是概括承受(如因继承而承受保管物的所有权),

还是

特定承受(如因买卖、

赠与而受让保管物的所有权),保管人既已取得保管物的所有权,保管合

同原则上即归于消灭。

〔

2

3

〕不过,寄存人本来不是所有权人,但对于保管物享有定限物权或其他

占有权源的,

则尚不终止,

作为例外。例如,

承租人将租赁物交由保管人保管,

即使保管人日后

取得该租赁物的所有权,

保管合同也例外地不终止。

〔

2

4

〕

二、

保管合同终止的效力

保管合同因保管物的返还、

承受而终止的,

不存在保管物的返还效力问题。其他原因导致

的保管合同终止,

保管人须负保管物返还的义务,

寄存人享有保管物返还请求权。

〔

2

5

〕

该请求权首先为保管合同终止时所产生的保管物返还请求权,

源于合同法的规定,

寄存人

凭其身份和保管合同的终止就足以享有此权,

对保管物有无物权,

则在所不问。

当然,

保管合同的终止使保管人对保管物的占有变成无权占有,

寄存人若为保管物的物权

人,

也可基于物的返还请求权要求保管人返还保管物。

当事人双方协议一致解除保管合同的场合,当事人之间约定了损害赔偿的,依其约定;没

有约定的,

不成立损害赔偿责任。

当事人一方违约,

对方当事人解除保管合同的场合,

违约方仍负违约责任。

〔

2

3

〕史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 5

0

6页;

郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局

1

9

8

1年第 6版,

第 5

3

8页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

9

3~2

9

4

页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

4

0页。

〔

2

4

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

9

4页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

4

0页。

〔

2

5

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

9

4页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

4

1页。

# 第二十六章　仓 储 合 同

## 第一节　仓储合同概述

一、

仓储合同的概念

仓储合同,

是指保管人储存存货人交付的仓储物,存货人支付仓储费的合同(《合同法》第

3

8

1条)。其中,

仓储物是仓储合同的标的物,

是保管人堆藏和保管的对象;

存货人,

相当于保管

合同中的寄存人,

是将仓储物交由保管人储存的人,对仓储物享有所有权或他物权或其他有

财

产利益的人;

保管人,

接收仓储物并予以堆藏和保管的人;

仓储费,

是保管人因为存货人储存仓

储物而获得的对价,

也叫报酬。

二、

仓储合同的法律性质

(一)保管人须为有仓储设备并专事仓储业务的商人

仓储合同的保管人可以是法人,

也可以是个体工商户、合伙或其他组织,但必须是具有仓

储设备,

专门从事仓储业务的保管人。也就是说,仓储合同中的保管人必须是仓储营业之人。

这与保管合同中的保管人可以是普通的自然人、

法人不同。

所谓仓储,

是指堆藏和保管一定的物品。这里所说的物品,叫做仓储物。此处所谓的堆

藏,

即堆置和储藏,

是指置放存储并加以照顾保管(服务),以维持其原状的情形。堆藏和保管

两项要素,

须同时存在。假如仅将仓储设备的全部或一部,提供给他人置放存储物品,自己不

负保管之责;

或对置放存储之物虽负保管责任,

但未提供仓储设备,

均不成立仓储合同,

有可能

是租赁合同,

或保管合同等。

〔1〕

所谓仓储设备,

是指能够满足储藏和保管仓储物需要的设施,既包括有房屋、有锁之门等

外在表征的设备,

也包括可供堆放木材、石料等原材料的地面。假如没有任何设备,只在特定

场所为他人堆放物品,

并予以保管,

纵使以之为业,

也只能成立保管合同,

而非仓储合同。所谓

专事仓储业务,

是指经过仓储营业登记专营或兼营仓储业务。

〔2〕

(二)仓储物为动产

堆置和储藏的仓储方式,

决定了仓储合同的标的物即仓储物限于动产,

不动产无法为堆藏

和保管,

故不得作为仓储合同的标的物。这与保管合同的标的物可以为不动产不同。这里的

〔1〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 3

1

7页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

7

6页。

〔2〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 3

1

7页。



动产,

不以商品为限,

也不问其价值多少,

有无生命,

均无碍仓储合同的成立。

〔3〕

(三)仓储合同为诺成合同

仓储合同为实践合同还是诺成合同,

《合同法》未设明文。在中国台湾地区,

有学说认为是

实践合同的,

〔4〕

也有认为是诺成合同的。

〔5〕 在中国大陆,有持诺成合同说的,认为仓储合同为

商事合同,

其保管人是专门从事仓储业务的商人,

其营业目的就是从仓储营业中牟利。正因为

保管人的专业性和营利性,

在保管的物品入库前,保管人必然会做出一定的履行合同的准备, 支出一定的费用。若认定仓储合同为实践合同,就意味着一旦存货人在交付仓储物前改变交

易的意愿,

不向保管人交存仓储物,

保管人就其所受到的损失只能依缔约过失责任向存货人主

张损害赔偿。这对保管人极为不利。因此,

承认仓储合同为诺成合同,

可使保管人于前述情况

下,

得基于违约责任主张损害赔偿责任。同理,仓储合同中的存货人一般也为营利性法人,若

认定仓储合同为实践合同,

在存货人交存仓储物前合同不成立,那么在其交存仓储物时若保管

人拒绝储存,

存货人也不能依违约责任请求损害赔偿,

这对存货人也是不利的。鉴于古往今来

合同类型演变的趋势为诺成化,

诺成合同更加符合合意主义的要求,从利益衡量的层面观察,

诺成说也占据优势,

本书采取仓储合同为诺成合同的观点。

(四)仓储合同为双务、

有偿、

不要式的合同

仓储合同的当事人双方于合同成立后互负给付义务:

保管人须提供仓储服务,

存货人须给

付报酬和其他费用,

双方的义务具有对应性和对价性,所以,仓储合同为双务、有偿的合同。

〔6〕

关于合同形式,

《合同法》未作要求,

至于仓储合同的保管人于接受仓储之物时应存货人的请求

而应填发并交付仓单或其他凭证的规定,实为仓储合同成立之后保管人应承担的义务(《合同

法》第3

8

5条),

并非要求仓储合同一定要采用书面形式。所以,

仓储合同应为不要式合同。

〔7〕

(五)仓储合同为继续性合同

保管人必须对所仓储之物持续不断地提供照顾保护,

以维持仓储之物的原状,

所以仓储合

同为继续性合同。

〔3〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 3

1

7页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

7

5~3

7

6页。

〔4〕 郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年第 6版,

第 5

5

6页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),姚志明校订,中

国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 3

2

0页;

林诚二:

《民法债编各论》(中),中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,第 2

8

3~

2

8

4页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

8

0页。

〔5〕 史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 5

2

3~5

2

4页。

〔6〕 史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 5

2

4~5

2

5页;郑玉波:《民法债编各论》(下),三

民书局 1

9

8

1年第 6版,

第 5

5

6页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),姚志明校订,中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第

3

2

0页;

林诚二:

《民法债编各论》(中),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,第 2

8

3~2

8

4页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

8

1页。

〔7〕 郭明瑞、

王轶:

《合同法新论·分则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

7年版,

第 3

5

0页;林诚二:《民法债编各论》(中),中国人民大学出版社2007年版,第284页;刘春堂:《民法债编各论》(中),三民书局2007年版,第380页。



## 第二节 仓储合同的效力

### 一、保管人的义务

#### (一)给付仓单的义务

存货人交付仓储物的,保管人应当向存货人给付仓单,这是一项合同义务(《合同法》第

3

8

5条)。

仓单是保管人应存货人的请求而签发的用以表彰、处分和受领仓储物或保管物的一种有

价证券。其作用有三:

(1)仓储合同存在的证明。仓储合同为不要式合同,证明其存在显得十

分重要。仓单虽非仓储合同书,

但可作为仓储合同已经成立的证明。(2)保管人已经接收了仓

储物的证明。保管人一经填发仓单,

就表明已经接收了仓储物。(3)仓储物所有权及其交付请

求权的表彰。仓单为物权证券,

表彰所载物品的所有权;持有仓单,意味着享有请求保管人交

付仓储物的权利。

〔8〕

关于仓单发放的份数,

立法模式主要有两单主义、

一单主义和并用主义三种。所谓两单主

义,

是指保管人同时填发两仓单,

一为提取仓单,

二为出质仓单。前者用来提取寄存物,

可以转

让;

后者用来出质,

可作为债权担保。其理由为,

寄托人(存货人)可以先以出质仓单来出质,

以

便筹措现款,

然后以提取仓单待价而沽,所以出质和转让并行不悖。如果只有一单,出质后则

无法转让。

〔9〕 法国、比利时和意大利等国的立法例采取此项主义。所谓一单主义,是指保管人

仅填发一份仓单,

可同时作为转让和出质之用。其理由为,如果采用两单主义,两单分别流通

时,

则提取仓单持有人常担心出质仓单所担保的债权会因未获清偿致使仓储物或保管物有被

拍卖的危险;

而出质仓单持有人也会担心两单所载数额不符,

难免不安。还有,

在两单主义下,

虽然先质后卖,

但出质后一般都不易再卖,

所以实际上两单等同于一单。《德国商法典》采取一

单主义(第 4

2

4条)。所谓并用主义,

是指根据存货人的选择,

填发两单或一单。《日本商法典》

采取此种模式(第 6

2

7条)。

〔

1

0

〕 这种制度叠床架屋,徒滋纷扰,并无实益。所以,在实务中采取

的是一单主义。

〔

1

1

〕 中国法律采取的是一单主义,即保管人应存货人的请求仅填发一仓单,而无

须填发两个仓单。该仓单作为提取保管物的凭证,

既可以转让也可以出质。

〔

1

2

〕

仓单具有如下法律性质:

(1)仓单是以表彰一定的物品为标的的,故为物品证券。此处所

谓表彰物品,

实质上是表彰物品的所有权,故仓单又称物权证券。持有仓单者,享有该仓单所

载明的物品的所有权,

交付该仓单等于交付该物品,发生该物品所有权的移转,从另一方面描

述,

仓单所载物品所有权的转移,

必须移转仓单,

才发生该物品所有权转移的效力,

故仓单又称

〔8〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

8

2页。

〔9〕 郑玉波:

“论仓单”,

载郑玉波:

《民商法问题研究》(第 1册),

1

9

8

8年自版，

第 3

2

1页。

〔

1

0

〕 胡开忠：

《权利质权制度研究》，

中国政法大学出版社 2

0

0

4年版，

第 1

6

6～1

6

7页。

〔

1

1

〕 [日]西原宽一：

《商行为法》，

有斐阁 1

9

7

2年版,

第 3

6

4页。

〔

1

2

〕 郭明瑞、

王轶:

《合同法新论·分则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

7年版,

第 3

5

1页。

第二十六章　仓储合同

9

2

4

为处分证券或交付证券。

〔

1

3

〕(2)仓单必须记载法定事项,包括存货人的名称或姓名及住所;仓

储物的种类、

品质、

数量、

包装、

件数和标记;仓储物的损耗标准;储存场所;储存期间;仓储费; 仓储物已经办理保险的,

其保险金额、

期间以及保险人的名称;

仓单的填发人、

填发地以及填发

年、

月、

日。此外,

保管人还应当在仓单上签字或盖章(《合同法》第 3

8

6条)。所有这些,

都表明

仓单为要式证券。(3)《合同法》第 3

8

6条第 1项规定,

仓单上应载有存货人的名称或姓名和住

所,

故仓单为记名证券。(4)仓单所产生的权利义务,

完全依据仓单上所载文义来确定,

纵其记

载与当事人的真实意思不符,

也不得于文义之外,另行补充或变更而为主张,更不得以未记载

的文义对抗善意第三人。所以,

仓单为文义证券。

〔

1

4

〕(5)仓单填发流通后,是否会因其原因债

权不存在而影响其效力,

意见不一。要因证券论者认为,仓单的填发,系以仓储合同有效成立

为前提,

而且是在保管人自存货人接收仓储物后为之,即仓单以仓储合同的存在和仓储物的接

收为原因条件,

若仓单填发后遇有存货人未交付仓储物或仓储合同无效的,仓单随之无效。

〔

1

5

〕

不要因证券论者辩驳道,

如果仅仅强调和贯彻仓单的要因性,显然不足以保护善意的仓单持有

人,

有害仓单的流通性和交易安全,

而且保管人填发的仓单仅在于决定其与存货人以外第三人

之间的关系,

至于其与存货人之间的权利义务关系本应由仓储合同决定,

无待仓单之填发。而

仓单系一种有价证券,

具有文义性,因此在仓单文义性效力所及的范围内,自应将仓单理解为

不要因证券,

不发生要因性的问题。

〔

1

6

〕再加上《票据法》没有完全否定票据的无因性、法释

[2

0

0

0]3

2号坚持了票据的无因性(第 1

4条等),《海商法》第 7

7条等规定了提单的无因性,本

书作者赞同仓单为不要因证券的观点。(6)仓单由保管人自己填发,并由自己负担给付义务, 故为自付证券。

〔

1

7

〕(7)仓单持有人请求保管人交付仓储物时,应将仓单缴还,以避免保管人为

多重给付,

从而确保交易安全,

故仓单为缴还证券或缴回证券。

〔

1

8

〕

仓单具有如下法律效力:(1)物权的效力:仓单为物权证券,表彰着其记载物品的所有权。

仓单为仓储物的化身,

持有仓单者,

享有该仓储物的所有权。而且,

一经填发仓单,

仓储物所有

〔

1

3

〕郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年第 6版,

第 5

6

0页;

史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司

1

9

8

1年第 5版,

第 5

3

1页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 3

2

6页;

林诚二:

《民法债编各论》(中),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,第 2

8

5页;刘春堂:《民法债编各论》(中),三民书

局 2

0

0

7年版,

第 3

8

7页。

〔

1

4

〕郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年第 6版,

第 5

6

0页;

史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司

1

9

8

1年第 5版,

第 5

3

5~5

3

6页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 3

2

6~

3

2

7页;

林诚二:

《民法债编各论》(中),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,第 2

8

6页;刘春堂:《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

8

8~3

8

9页。

〔

1

5

〕史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 5

3

7页;

黄立:

《民法债编各论》(下),

台湾元照出

版有限公司 2

0

0

7年版,

第 2

6

3页。

〔

1

6

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,第 3

9

0~3

9

1页。另参见郑玉波:《民法债编各论》(下),三民

书局 1

9

8

1年第 6版,

第 5

6

0页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 3

2

7

页;

林诚二:

《民法债编各论》(中),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,

第 2

8

6页。

〔

1

7

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 3

2

7页;林诚二:《民法债编各论》

(中),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,

第 2

8

7页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),三民书局 2

0

0

7年版,第 3

9

0~3

9

2

页。

〔

1

8

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 3

2

7页;林诚二:《民法债编各论》

(中),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,

第 2

8

7页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),三民书局 2

0

0

7年版,第 3

9

0~3

9

2

页。

0

3

权的移转,

须经存货人或仓单持有人交付仓单在仓单上背书并经保管人签字或盖章(《合同法》

第 3

8

7条)。仓储物的所有权人不得依指示交付的方式将仓储物的所有权转让给他人。所有

这些,

都表明仓单具有物权的效力。(2)债权的效力:

仓单填发后,

保管人和存货人之间存在着

两种法律关系:

一是仓储合同关系,二是仓单的证券债权关系。没有前者固然难有后者,但仓

单一经填发,

后者就与前者分离(仓单的无因性)。同理,

仓储合同关系也不因仓单的填发而受

影响。仓单移转后,

仓单持有人对保管人而言系仓储物的所有权人,

可依仓单请求交付仓储物

(物权请求权),

但无仓储物返还请求权(债权请求权),亦无支付报酬的义务。从这个意义上

讲,

仓单不具有债权的效力。

〔

1

9

〕

保管人填发仓单之后,

故意或过失地毁损、灭失了仓单所表彰的仓储物的,对仓单持有人

应负不完全履行或不能履行的责任。该种债务不履行责任,

本于仓单的证券债务而发生,

并非

直接源于仓储合同。当然,

仓单持有人也可基于侵权行为请求保管人承担损害赔偿责任,

因此

存在着请求权竞合的情况。

〔

2

0

〕

仓单的持有人,可以请求保管人将保管的仓储物分割为数部分,分别填发各个部分的仓

单。这是因为仓单是供表彰、

处分和受领仓储物之用的,

仓单持有人享有仓单所载物品的所有

权,

为方便仓单持有人灵活地处分仓储物,本于所有权的作用,赋予仓单持有人(所有权人)分

割请求权。分割后必须填发各部分的仓单。只是原仓单并不因此而失效,仍有流通的可能,保

管人有重复给付的危险。为保障交易安全和保管人的权利,仓单持有人须交还原仓单。原仓

单的交还和新仓单的交付,

可有同时履行抗辩权的运用。此外,仓单的分割,系因仓单持有人

所致,

所以,

分割和填发新仓单所支出的费用,

应由仓单持有人负担,

方为公平。

〔

2

1

〕

关于仓单的转让,

在《合同法》中,

仓单为记名仓单(第 3

8

6条第 1项),其转让需要存货人

或仓单持有人在仓单上背书,

并经保管人签字或盖章(第 3

8

7条后段)。

仓单如有遗失、

被盗或灭失,

存货人或仓单持有人可类推适用《民事诉讼法》第 2

1

8条以下

的规定,

寻求救济。其救济方式之一是,

类推《民事诉讼法》第 2

1

8条、

第 2

1

9条、

第 2

2

0条的规

定,

存货人或仓单持有人向仓储所在地的人民法院申请公示催告,人民法院决定受理申请的, 应当同时通知保管人停止给付仓储物,

并在 3日内发出公告,

催促利害关系人申报权利。公示

催告的期间,

由人民法院根据情况决定,但不得少于 6

0日。保管人收到人民法院停止支付的

通知,

应当停止支付,

至公示催告程序终结。公示催告期间,转让仓单的行为无效。其救济方

式之二是,

类推适用《民事诉讼法》第 2

1

8条、第 2

2

2条的规定,申请公示催告,进行除权判决。

人民法院应当根据保管人的申请,

作出判决,

宣告仓单无效。该判决应当公告,

并通知保管人。

自判决公告之日起,

存货人或仓单持有人有权向保管人请求给付仓储物。其救济方式之三是,
类推适用《民事诉讼法》第 2

1

8条以及有关法律的规定,存货人或仓单持有人向保管人提供一

〔

1

9

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 3

2

8页;林诚二:《民法债编各论》

(中),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,

第 2

8

9页。

〔

2

0

〕邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 3

2

9页;林诚二:《民法债编各论》

(中),

中国人民大学出版社 2
0
0
7年版,
第 2
8
9页;
刘春堂:
《民法债编各论》(中),
三民书局 2
0
0
7年版,
第 3
9
3页。
〔
2
1
〕 郑玉波:
《民法债编各论》(下),
三民书局 1
9
8

1年第 6版,

第 5

6

3~5

6

4页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),姚志明校

订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 3

2

9页;

林诚二:

《民法债编各论》(中),中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,第

2

8

9页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

9

5~3

9

6页。

第二十六章　仓储合同

1

3

4

定的担保,

请求保管人换发新仓单。

(二)验收仓储物的义务

保管人在接受存货人交存的仓储物并入库时,应当按照合同的约定对入库仓储物进行验

收(《合同法》第 3

8

4条前段)。保管人验收时发现入库仓储物与约定不符合的,应当及时通知

存货人(《合同法》第 3

8

4条中段)。怠于通知的,由保管人承担风险(准用《合同法》第 3

8

4条

后段的规定)。

验收包括实物验查和样本验查。保管物有包装的,

验收时应以外包装或仓储物标记为准;

无标记的,

以存货人提供的验收资料为准。保管人未按规定的项目、方法、期限验收或验收不

准确的,

应负责承受由此造成的实际损失。在双方交接仓储物中发现问题的, 保管人应妥善暂

存,

并在有效验收 期 间 内 通 知 存 货 人 处 理,暂 存 期 间 所 发 生 的 一 切 损 失 和 费 用 由 存 货 人 负

担。

〔

2

2

〕

仓储物验收时保管人未提出异议的,视为存货人交付的仓储物符合合同约定的条件。保

管人验收后,

发生仓储物的品种、

数量、

质量不符合约定的,

保管人应当承担损害赔偿责任(《合

同法》第 3

8

4条后段)。

(三)亲自保管义务

仓储合同的场合,

保管人为仓储营业人,

应当亲自堆藏和保管仓储物。只有在存货人同意

或另有交易习惯或有不得已的事由的情况下,才可以由第三人代为保管。保管人违反亲自保

管义务,

对于仓储物因此遭受的损失,应负损害赔偿责任。有学说认为,保管人能证明纵不使

第三人代为保管,

仍不免发生损失的,

可不负责任。

〔

2

3

〕这确有道理,中国大陆应予借鉴。

(四)妥善保管义务

妥善保管义务,

不但是保管合同中的保管人所负的主要义务,

也是仓储合同中的保管人应

负的主要义务(《合同法》第 3

6

9条第 1款)。二者的区别是,

仓储合同中的妥善保管,

一律要求

保管人以善良管理人的注意保管仓储物,注意的程度较高,这是由仓储合同为有偿合同、保管

人为专事仓储的商人所决定的。

保管人储存易燃、

易爆、

有毒、

有腐蚀性、有放射性等危险物品的,应当具备相应的堆藏和

保管条件,

应当按照国家标准或合同规定的要求操作和储存;在堆藏和保管过程中不得损坏货

物的包装物。如因保管或操作不当致使包装发生毁损的,

保管人应当负责修复或按价赔偿。

〔

2

4

〕

保管人对仓储物负有较一般保管合同的保管人更重的保管责任。凡因保管人保管不善而

非因不可抗力、

自然因素或货物(包括包装)本身的性质而发生储存的货物灭失、

短少、

变质、

损

坏、

污染的,

保管人均应承担损害赔偿责任。因仓储物的性质、包装不符合约定或超过有效仓

储期造成仓储物变质、

损坏的,

保管人不承担损害赔偿责任(《合同法》第 3

9

4条)。当然,这是

以保管人已经履行了通知、

必要处置催告等项义务为前提的。

〔

2

2

〕郭明瑞、

王轶:

《合同法新论·分则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

7年版,

第 3

5

2页。

〔

2

3

〕郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年第 6版,

第 5

6

5~5

6

6页;史尚宽:《债法各论》,荣泰印书馆股份有

限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 5

3

8~5

3

9页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),姚志明校订,中国人民大学出版社 2

0

0

6年

版,

第 3

3

1页;

林诚二:

《民法债编各论》(中),

中国人民大学出版社 2

0

0

7年版,第 2

9

1~2

9

2页;刘春堂:《民法债编

各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

9

7页。

〔

2

4

〕郭明瑞、

王轶:

《合同法新论·分则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

7年版,

第 3

5

3页。

2

3



(五)危险通知义务

此处所谓的危险,

其范围较保管合同中的为广,

相应地,

危险通知义务的内容也随之增加,

包括以下三种情形。正因如此,

本书将它们从妥善保管义务部分分离出来,

专门加以介绍。

保管人发现入库仓储物有变质或有其他损坏的,应当及时通知存货人或仓单持有人(《合

同法》第 3

8

9条)。所谓仓储物有变质或有其他损坏,例如,仓储物出现异状,仓储物的数量减

少或价值降低。

保管人发现入库仓储物有变质或其他损坏,

危及其他仓储物的安全和正常保管的,

应当催

告存货人或仓单持有人作出必要的处置。因情况紧急,

保管人可以作出必要的处置,

但事后应

当将该情况及时通知存货人或仓单持有人(《合同法》第 3

9

0条)。此处所谓的必要的处置,既

是保管人的义务,

也是其权利。

遇有第三人对保管人提起诉讼或对仓储物申请扣押的,保管人也应及时通知存货人或仓

单持有人(《合同法》第 3

7

3条第 2款)。

(六)不得自己使用的义务

如同在保管合同中一样,

在仓储合同中保管人对仓储物也不得自己使用或允许第三人使

用,

除非存货人同意或为堆藏和保管所必需。

(七)容忍义务

保管人根据存货人或仓单持有人的要求,

应当同意其检查仓储物或提取样品(《合同法》第

3

8

8条)。从保管人的角度看,

这是其容忍义务或容许义务,

因存货人或仓单持有人的请求而发

生,

其内容包括容许检点仓储物、

容许提取样品、容许为必要的保存行为三项内容。《合同法》

虽未明文规定必要的保存行为,

但从事理上理解,

不应禁止该项行为。

所谓容许检点仓储物,

是指容许存货人或仓单持有人检查、清点仓储物,如检查仓储物有

无变质、

数量有无短少等。为此,

存货人或仓单持有人有权进入仓储场所,在就仓储物与他人

签订买卖合同、

设立质权等情况下,

该“他人”也有权随之入仓。所谓容许提取样品,是指容许

存货人或仓单持有人提取仓储物的样本,

如抽取油样、

剪取布样或提取米样等。所谓容许必要

的保存行为,

是指容许存货人或仓单持有人对仓储物进行必要的保存行为,如对仓储物采取必

要的防霉、

防腐的措施,

但为出卖仓储物而改装、加工的行为不包括在内。保管人违反上述容

忍义务的,

存货人或仓单持有人可以请求保管人承担损害赔偿责任,还可独立诉请保管人允许

自己检点仓储物、

提取样品或为必要的保存行为。

〔

2

5

〕

存货人或仓单持有人应于保管人营业的时间实施上述行为,

实施方法、

程度和范围不应超

出所确认和了解仓储物的现状和维持仓储物原状的目的,且应斟酌仓库的状况,并符合交易习

惯和诚实信用原则。

〔

2

6

〕 保管人对于检点仓储物、提取样品、为必要的保存行为没有积极的协助

义务,

〔

2

7

〕

因而,

因检点仓储物、

提取样品、

为必要的保存行为所产生的费用,应由存货人或仓单

持有人负担;

检点仓储物、

提取样品、

为必要的保存行为所造成的损失,

也应由存货人或仓单持

〔

2

5

〕 史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

8

1年第 5版,

第 5

4

1~5

4

2页;刘春堂:《民法债编各论》(中),三

民书局 2

0

0

7年版,

第 4

0

0~4

0

1页。

〔

2

6

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 4

0

1页。

〔

2

7

〕 郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年第 6版,

第 5

6

7页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),姚志明校订,中

国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 3

3

2页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 4

0

1页。

第二十六章　仓储合同

3

3

4

有人负责赔偿。

〔

2

8

〕

存货人或仓单持有人请求样品的提取时,保管人可以请求其交付证明书或请求相当的担

保。在存货人或仓单持有人请求对仓储物为一定的保存行为时,

保管人除非有正当理由,

应予

允许。

(八)满足提取仓储物请求的义务

储存期间不明的场合,只要存货人或仓单持有人请求提取仓储物,保管人就有义务满足

(《合同法》第 3

9

1条)。储存期间明确且已届满的场合,保管人同样有义务满足存货人或仓单

持有人提取仓储物的请求(《合同法》第 3

9

2条前段)。

二、

保管人的权利

(一)报酬请求权

存储合同为有偿合同,

保管人为从事仓储业务的商人,

对存货人或仓单持有人享有报酬请

求权(《合同法》第 3

8

1条、

第 3

9

2条)。关于报酬的种类和数量,

当事人之间有约定的且不违法

的,

依其约定;

没有约定的或约定不明确的,可协议补充,达不成补充协议的,按照交易习惯确

定(《合同法》第 6

1条);

依法应当执行政府定价或政府指导价的,按照规定执行(《合同法》第

6

2条第 2项后段)。

在正常情况下,

保管人有权请求存货人或仓单持有人付清报酬的全额。存货人或仓单持

有人因其原因而逾期提取仓储物的,

应当加收仓储费;提前提取仓储物的,不减收仓储费(《合

同法》第 3

9

2条后段)。

关于报酬的支付期间,

当事人之间有约定的,

依其约定;

没有约定或约定不明的,

当事人之

间可签订补充协议予以确定;

达不成补充协议的,

按照交易习惯确定。

(二)免损费用偿付请求权

首先需要说明的是,

保管人因堆藏和保管仓储物所产生的必要费用,

原则上包含于报酬之

中,

不得另行请求偿还,

除非当事人另有约定。

〔

2

9

〕 因此,此处所谓的免损费用偿付请求权,原则

上不包括必要费用的偿付请求权,

而是指下述权利:

储存易燃、

易爆、

有毒、

有腐蚀性、

有放射性

等危险物品或易变质物品的,存货人应当向保管人说明该物品的性质和预防危险、腐烂的方

法,

提供有关的保管、运输等技术资料(《合同法》第 3

8

3条第 1款),这是存货人的说明义务。

存货人违反该项义务,

保管人有权拒收该物品,

也可以接收该货物并采取相应措施以避免损失

的发生。保管人采取相应措施以避免损失发生而产生的费用,

存货人有义务承担(《合同法》第

3

8

3条第 2款)。保管人请求存货人偿付该项避免损失发生的费用的权利,就是免损费用偿付

请求权。

(三)请求存货人或仓单持有人提取仓储物的权利

保管人请求存货人或仓单持有人提取仓储物的权利,包括如下类型:(1)当事人对储存期

间没有约定或约定不明确的,

存货人或者仓单持有人可以随时提取仓储物,保管人也可以随时

要求存货人或仓单持有人提取仓储物,

但应当给予对方必要的准备时间(《合同法》第 3

9

1条)。

〔

2

8

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 4

0

2页。

〔

2

9

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 3

3

4页。

4

3

4 合同法(第六版)

(2)仓储合同约定有储存期间,

且已届满时,

存货人或仓单持有人应当凭仓单提取仓储物(《合

同法》第 3

9

2条前段),这既是权利也是义务;不提取的,保管人可以催告其在合理的期限内提

取(《合同法》第 3

9

3条前段),

即享有请求存货人或仓单持有人提取仓储物的权利。

(四)先履行抗辩权

由“报酬后付原则”决定,保管人不得就报酬的支付与仓储物的保管,主张同时履行抗辩

权。不过,

在存货人或仓单持有人未付清报酬却请求返还仓储物的情况下,

保管人可留置仓储

物(《合同法》第 3

8

0条),并可以存货人或仓单持有人未支付报酬为由,主张先履行抗辩权

(《合同法》第 3

7

9条第 2款)。

(五)提存仓储物的权利

储存期间届满,经催告存货人或仓单持有人仍不提取仓储物的,保管人可以提存仓储物

(《合同法》第 3

9

3条后段)。

(六)留置仓储物的权利

存货人或仓单持有人不支付报酬或有关费用,

保管人可留置仓储物,

除非当事人另有约定

(《合同法》第 3

8

0条)。

(七)仓单缴还请求权

存货人或仓单持有人提取仓储物,必须出示仓单并缴还仓单,相应地,保管人享有要求存

货人或仓单持有人出示仓单和缴还仓单的权利。

(八)损害赔偿请求权

保管人对存货人或仓单持有人的损害赔偿请求权,

有如下类型:

(1)储存易燃、

易爆、

有毒、

有腐蚀性、

有放射性等危险物品或易变质物品,存货人没有说明,保管人以善良管理人的注意

也发现不了,

保管人的人身、

财产因此而受到损害的,

有权请求存货人负责赔偿。(2)保管人依

法催告存货人或仓单持有人,

请求及时处置危及其他仓储物的安全和正常保管的问题仓储物,

而存货人或仓单持有人怠于或拒绝及时和适当处置,保管人的人身、财产因此而受到损害的, 有权请求损害赔偿。(3)存货人或仓单持有人有义务

提取仓储物,却不提取的,保管人因此受

有损失的,

有权请求损害赔偿。(4)存货人或仓单持有人没有理由地不支付报酬或有关费用

的,

保管人有权请求损害赔偿。

三、

关于仓储合同法律适用的特别规定

仓储合同系由一般的保管合同发展、

演变而来的,

法律对仓储合同有特别规定的,

自然适用该

特别规定,

若未设特别规定的,

应适用法律关于一般保管合同的规定(《合同法》第 3

9

5条)。

第三节　仓储合同的终止

一、

储存期间届满

储存期间届满,

仓储合同终止,

存货人或仓单持有人有权请求保管人返还仓储物,保管人

3

4

也有权请求他(它)们提取仓储物。

需要注意的是,

保管人不因储存期满即时免除仓储物的保管义务,

在存货人或仓单持有人

拒不或无法提取仓储物的情况下,

保管人可予以催告,请求存货人或仓单持有人于合理期限内

提取仓储物;

存货人或仓单持有人逾期不提取的,

保管人可以提存仓储物。

二、

仓储物灭失

仓储物灭失,

仓储合同失去标的物,即失去存续的意义,应当归于终止。保管人对此没有

过错的,

不负赔偿责任,

有过错的,

应当承担损害赔偿责任。

三、

合同解除

当事人双方协商一致,

解除合同,

应予允许,

仓储合同因此而终止。约定了损害赔偿的,依

其约定,

没有约定的,

不成立损害赔偿责任。

《合同法》第 3

9

1条赋予了各方当事人任意解除权(终止权),仓储合同因任意解除权的行

使而归于终止。存货人或仓单持有人行使任意解除权的,

不减收仓储费(《合同法》第 3

9

2条后

段)。

需要注意的是,

该项任意解除权在仓储期间明确的仓储合同场合并不存在。

当事人一方违约的,

符合《合同法》第 9

4条第 2项至第 4项规定的条件之一的,对方当事

人可行使解除权,

仓储合同因此而终止。于此场合,

违约方仍负违约责任。

## 第二十七章　委 托 合 同

### 第一节　委托合同概述

一、

委托合同的概念

委托合同,

又称委任合同,

是指一方委托他方处理事务,他方允诺处理事务的合同。委托

他方处理事务的,

为委托人,

允诺为他方处理事务的,

为受托人。日本、

中国台湾地区等立法例

及其学说将委托合同称作委任合同,

把受托人叫做受任人,

将委托人称作委任人。

(一)委托合同是以为他人处理事务为目的的合同

委托合同是一种典型的受托人特定的社会技能提供劳务完成一定任务的合同,属于一种

劳务合同。委托的目的在于处理委托事务,

这是委托合同与他种劳务合同的主要区别所在。

需要注意的是,

处理事务的劳务合同多种多样,

民法及其他法律就具体特殊类型事务的处

理,

设有特别规范,

如《合同法》就行纪、

居间、

保管、

仓储等合同专门设置规则,

属于特殊委托规

范,

应当优先适用,

《合同法》关于委托合同的规定不得越俎代庖。还有,《合同法》就委托仅规

定为“处理事务”,

相对于其他类型的劳务合同,

可谓是最一般、

抽象和概括的规定,

委托的概念

因而具有相当的开放性和包容性,

所有的为他人处理事务的合同,

都可视为委托合同,

所以,

委

托合同为处理事务类型的劳务合同的一般类型。因此,无名的劳务合同,如旅游、雇用、培训、

诉讼代理等合同,

可适用《合同法》关于委托合同的规定。不仅如此,

《合同法》对行纪、

居间、

保

管、

仓储等合同的某些事项未设规定的,

明确规定适用委托合同的相关规定,如第 4

2

3条规定,

行纪一章没有规定的,

适用委托合同的有关规定。

〔1〕

所谓事务,

是指一切与我们的生活有关的事项,

与无因管理制度中的事务含义相同。无论

它为事实行为还是法律行为,

为财产上的行为抑或非财产上的行为,委托人自己的事务还是第

三人的事务,

只要该事项不违反法律、

行政法规的禁止性规定,

不违背公序良俗,

委托人都可以

委托他人处理。不过,

如果仅为受托人自己的事务,如约定使受托人整理自己的房屋,原则上

不得成立委托合同,

仅为一种忠告或建议。

〔2〕

但要注意的是,

由于需要处理的事务以积极作为为内容,

因此不作为不是委托合同所称的

〔1〕 参考邱聪智:

《新订债法各论》(中),中国人民大学出版社2006年版,第139~140页;刘春堂:《民法债编各论》(中),三民书局2007年版,第140页。

〔2〕郑玉波:《民法债编各论》(下),三民书局1981年版,第414页;刘春堂:《民法债编各论》(中),三民书局2

0

0

7年

版,

第 1

3

5页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

3

9页;中国台湾民

法债编第二章第十节委任的立法理由(说明)。



事务;

由于委托事务涉及不法的,

不发生委托合同的效果,因此违法的事务亦非委托合同所说

的事务;

由事务的性质决定必须由委托人亲自处理的,

也不得作为委托合同中的事务。

〔3〕

所谓处理,

是指处分管理,

与无因管理所称的管理,

在行为层面,

意义上大致相同,使用、收

益、

修缮、

改良,

乃至处分,

均无不可。不过,

单纯的保管行为不属于此处所说的处理,因为它属

于法律设置的保管合同(寄存合同)、

仓储合同的范畴。

〔4〕

处理事务必须给付一定的劳务,

只是该劳务仅为处理事务的手段,

并非目的。它着重于强调

过程,

且必须尊重受托人的知识、

技能、

经验上的意见,

不以一定结果的产生为必要。所以,

受托人

有报告事务进程状况及其本末的义务。这点使得委托合同和雇用合同、

劳动合同区别开来。

〔5〕

还有,

处理事务,

受托人应亲自进行,

这不意味着受托人限于自然人。随着服务业的发达,

法人因受托而处理一定事务的交易形态越来越普遍,工程顾问公司、技术服务公司、投资顾问

公司都是法人充任受托人的例证。

〔6〕

所谓委托,

是指委托人信任受托人,

对其委以事务,

托其处理,

并使其有一定的独立的裁量

权的情形。所以,

受托人处理事务时,固然必须遵循委托人的要求,但仍有相当大的自由裁量

权。这点与雇用合同的受雇人、

劳动合同的职工完全听命于雇用人的指示而从事劳务,

有所不

同。

〔7〕

(二)委托合同的订立以委托人和受托人之间的相互信任为前提

委托人之所以选定某人作为受托人为其处理事务,是以他对受托人的办事能力和信誉的

了解、

相信受托人能够处理好委托的事宜为基本出发点的。而受托人之所以接受委托, 也是因

为其于愿意为委托人服务,

有能够完成受托事务的自信,

并基于对委托人的了解和信任。没有

相互的信任和了解,

委托合同难以成立。即使建立了委托关系,也难以巩固。因而,在委托合

同关系成立并生效后,如果一方对另一方产生了不信任,可随时终止委托合同(《合同法》第

4

1

0条)。

(三)委托合同是诺成、

不要式的合同

当事人双方意思表示一致,

委托合同即告成立,

无须以物之交付或当事人的义务履行作为

合同成立的要件。因此,

委托合同为诺成合同,

而非实践合同。《合同法》等现行法对于委托合

同的方式未加要求,

按照合同自由原则,当事人有权根据实际情况选择适当的形式,表明委托

合同为不要式合同。

(四)委托合同为无偿合同或有偿合同

与罗马法、

德国民法将委托合同定性为无偿合同不同,

中国《合同法》第 4

0

6条第 1款明确

地承认了有偿的委托合同和无偿的委托合同。究为何者,取决于当事人双方的约定或习惯或

委托事务的性质。

〔3〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

3

8页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

3

5页。

〔4〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 1

3

8页。

〔5〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

3

6页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),姚志明校订,中国人

民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 1

3

8页。

〔6〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 1

3

9页。

〔7〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

3

6页。

8

3



有观点认为委托合同为有偿合同。仅凭《合同法》第 4

0

5条的文义,可以得出委托合同以

有偿为原则,

无偿为例外的结论。但如此一来,只要委托合同没有约定有偿无偿,就得将具体

的委托合同认定为有偿合同,

可这有时不符合当事人的真意,因为相当数量的自然人签订委托

合同本意是不要求报酬的。这有其不足:

(1)它不符合《合同法》第 4

0

6条第 1款后段关于“无

偿的委托合同,

因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的,委托人可以要求赔偿损

失”的明确规定。(2)它有时不符合当事人的真意,因为相当数量的自然人签订委托合同本意

是不要求报酬的。(3)它未明白“原则”的意义与妙用。须知,有偿为原则,不是要求全部的委

托合同为有偿,

意味着承认无偿的委托合同。从这方面来说,将委托合同一律作为有偿合同, 有欠妥当。(4)它人为地增加了解决问题的难度,因为在委托合同没有

约定报酬的情况下,依

有偿合同的观点,

仍得出该委托合同应为有偿、应对所欠缺的报酬条款予以补充的结论。可

是,

依据何种标准确定报酬?这一问题非常棘手。

欲妥当地处理委托合同为无偿还是有偿的理论和实务的问题,区分商事的委托合同和民

事的委托合同,就显得确有必要。商事的,以有偿为原则,承认当事人关于无偿的约定;民事

的,

以无偿为原则,

亦承认当事人关于有偿的约定。这样,也与《合同法》第 4

1

0条把任意解除

权分别为商事合同和民事合同的思路及方法相一致。

(五)委托合同为单务合同或双务合同

委托合同若为无偿,

仅有受托人负有处理委托事务的义务,委托人不负对价义务,因此表

现出单务合同的性质。委托合同若为有偿,

不仅受托人负有处理委托事务的义务,

委托人也负

有给付报酬的义务,

且两种债务具有对价关系,

表现出双务合同的属性。

〔8〕

二、

委托合同的分类

(一)无偿委托合同与有偿委托合同

以受托人有无报酬为区分标准,委托合同可分为无偿委托合同和有偿委托合同。受托人

没有报酬的委托合同,

叫做无偿委托合同;

反之,

则为有偿委托合同。

在罗马法上,

委托合同以无偿为其特点,亦为其与雇用、承揽区别之所在。《德国民法典》

承袭了这种精神。中国台湾地区“民法”以委托合同无偿为原则,但允许当事人约定使受托人

获取报酬。如今的实务界,委托他人处理事务而不给予报酬的,实不多见,且诸如律师、会计

师、

医师、

建筑师、

土地登记专业代理人等受托人,

将处理委托事务作为职业或营业,

收取报酬,

已为常态。就此说来,

委托合同有偿反倒成为了原则。

〔9〕 中国大陆《合同法》也不再强调委托

合同必须无偿,

而是充分尊重当事人的约定(第 4

0

6条第 1款)。在当事人无报酬的约定时,

宜

认定为无偿。从这个意义上讲,

委托合同仍以无偿为原则。

区分无偿的委托合同和有偿的委托合同,其法律意义在于受托人在处理委托事务时所负

注意义务在程度上有所不同。在有偿的委托合同场合,受托人就其一切过失承担损害赔偿责

任,

而无偿委托合同的受托人仅就其故意或重大过失负责,当然,若超越权限给委托人造成损

失的,

则就一切过失负责赔偿(《合同法》第 4

0

6条)。

〔8〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

4

1页。

〔9〕刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

4

2页。



(二)特别委托合同与概括委托合同

以受托人权限的范围为区分标准,委托合同可分为特别委托合同和概括委托合同。委托

人就一项或数项事务特别(具体指定特种事项)委托受托人处理的合同,叫做特别委托合同。

委托律师就双方和解全权决定,

属于此类。委托人一切事务总括地(未具体列明委托事项)委

托受托人处理的合同,

称作概括委托合同(《合同法》第 3

9

7条)。委托会计师处理营业上的一

切事务,

为其例证。

〔

1

0

〕

区分特别委托合同和概括委托合同,其法律意义在于:(1)受托人处理事务的权限范围不

同,

处理事务的结果是否归属于委托人不同。概括委托合同中受托人的权限最为广泛。(2)对

委托人的权益影响特别重大的事项,

如诉讼代理律师代当事人和解的权限,必须经由特别委托

授权。概括委托场合受托人无权处理此类事项,若已经处理,可准用《合同法》第 4

8条关于无

权代理的规定。

三、

委托合同与类似概念的辨析

(一)委托合同与委托代理

委托代理,

是指代理人在代理权限内以被代理人或自己的名义实施法律行为, 被代理人对

代理人的代理行为直接或间接承担民事责任的制度。委托代理是由代理人代本人为意思表示

或受意思表示的,

与委托合同中受托人为委托人处理事务一样,都是为他人服务的,这是二者

的相似之处。还有,

处理委托事务须对外为法律行为时,一般都有代理权的授予,可产生委托

代理。于此场合,

委托合同成为代理的基础关系,显现出委托合同和委托代理之间的密切联

系。不过,

也有无关联的情形:

(1)有委托合同而无委托代理,

如委托会计师核查账簿而不发生

对外关系;

(2)有委托代理而无委托合同,

如给予雇用或承揽而授予受雇人或承揽人以代理权。

至于法定代理、

指定代理,

更与受托合同无关。

〔

1

1

〕

委托合同和委托代理之间的区别表现在如下方面:

(1)代理人的代理行为不能包括事实行

为;

而受托人受托处理的事务可以包括事实行为。(2)代理属于对外关系,存在于本人与代理

人以外的第三人之间,

不对外也就无所谓代理;而委托是一种对内关系,存在于委托人和受托

人之间。(3)代理关系的成立,

被代理人授予代理人代理权属于单独行为;而委托合同为双方

行为,

若受托人不允诺,

则委托合同不能成立。委托合同引发债的关系,而代理权授予本身在

被代理人和代理人之间不发生债的关系。

〔

1

2

〕

(二)委托合同与雇佣合同

雇佣合同和委托合同都是一方当事人向对方当事人提供劳务的合同,但两者是不同的。

其区别表现在:

(1)雇佣合同的订立目的是由受雇人向雇用人提供劳务;而委托合同订立的目

的在于由受托人为委托人处理事务,

受托人提供劳务无非是其达到目的的手段而已。(2)受雇

人依据雇佣合同提供劳务,

必须服从雇用人的指示,自己一般不享有独立的酌情裁量的权利; 而委托合同中的受托人虽然依委托人指示处理事务,但一般却享有一定的独立裁量的权利。

〔

1

0

〕 参见刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

4

3页。

〔

1

1

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

4

4~1

4

5页。

〔

1

2〕刘春堂:《民法债编各论》(中),三民书局2007年版,第144页。



(3)雇佣合同必为有偿合同,而委托合同则既有无偿的,也有有偿的。若为无偿,就定为委托合同。〔13〕诚然,“为他人处理事务”和“为他人服务”在概念上不易明确区分,在实务上,给付劳务的合同究竟是委托合同还是雇用合同,有时很难分辨,在日本,一般把服从使用者指挥命令的

定为雇佣合同,

将或多或少由劳务人酌情决定如何工作的、实际上是提供所谓知识型高级劳务

的定为委托合同。

〔

1

4

〕 如果连这样的表象也难以察觉,就应当认定为是委托合同,因为委托合同

是典型的劳务合同。

〔

1

5

〕

(三)委托合同与承揽合同

委托合同中的受托人为委托人处理事务,

需要给付劳务;

承揽合同中的承揽人为定作人完

成一定工作,

也要给付劳务,

两者均属于劳务合同。还有,委托合同中的处理事务须有一定的

目的,

这与承揽合同中必须完成一定工作有相似之处。不过,

两者仍有不同:

(1)委托合同中的

处理事务,

注重过程,

只要受托人勤勉工作了,

即使未能形成结果也不产生责任;

而承揽合同要

求完成工作,

提交成果(《合同法》第 2

5

1条、

第 2

6

2条等)。(2)委托合同场合,

人格信赖关系较

强,

所以,

受托人应当亲自处理事务,

原则上不得由第三人代为处理(复委托)(《合同法》第 4

0

0

条);

承揽则注重工作成果,

当事人之间的人格信赖关系较弱,

定作人对于第三人完成工作持相

对宽松的态度(《合同法》第 2

5

3条)。(3)委托合同有无偿的和有偿的两类,承揽合同均为有

偿。(4)委托合同因人格信赖关系较强,当事人一方死亡时其大多归于终止(《合同法》第 4

1

1

条),

承揽合同因人格信赖关系较弱,

基本上合同不会随着当事人一方的死亡而终止,

除非承揽

人的个人技能成为了合同的要素。

〔

1

6

〕

(四)委托合同与委托背书

委托背书是持票人以委托取款的目的所为的背书,

取款不失为为他人处理事务,

具有委托

的性质。不过,

委托合同和委托背书仍有不同:

(1)民法上的委托合同属于多方法律行为,

票据

法上的委托背书,

属于背书的一种,

系单独法律行为。(2)委托合同引发委托人和受托人之间

的对内关系,

委托背书系以取款为目的,必须对外,相当于代理权的授予。(3)委托合同场合, 受托人应自己处理事务,

原则上不允许“转委托”;委托背书场合,背书人可以同一目的再为背书,

次背书人亦然,

所以委托背书可以为“转委托”。

〔

1

7

〕

第二节 委托合同的效力

一、

受托人的义务与责任

(一)事务处理权

所谓事务处理权,

是指受托人可以处理委托人的事务的权限。该项事务处理权来自委托

〔

1

3

〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:

《德国债法分论》,

杜景林、

卢谌译,

法律出版社 2

0

0

7年版,

第 2

8

6页。

〔

1

4

〕 [日]星野英一:

《日本民法概论IV·契约》,姚荣涛译,刘玉中校订,五南图书出版有限公司
1

9

9

8年版,

第 2

1

7页。

〔

1

5

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

4

5~1

4

6页。

〔

1

6

〕 参见刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

4

6页。

〔

1

7

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

4

6~1

4

7页。

第二十七章　委托合同

1

4

4

人的授权,

或特别的授权,

或概括的授权(《合同法》第 3

9

7条)。受托人享有该权,处理事务才

不违法,

否则,

就是不法干涉他人事务。

(二)依委托人的指示处理委托事务的义务

1.

义务的法律依据

在委托合同中,

受托人的基本义务是依委托人的指示处理委托事务(《合同法》第 3

9

9条前

段)。有学说称之为遵守指示义务。

2.

指示的含义和类型

所谓指示,

是指委托人就事务处理的方法、形式、时间、地点或过程等,对于受托人所为的

表示。其性质为意思通知,

而非意思表示。委托人的指示分为命令性指示、

指导性指示和任意

性指示三种。对于命令性指示,

受托人有绝对遵守的义务,

不得依其判断和决定加以变更。对

于指导性指示,

受托人原则上亦应遵守,

但在关系变化或发出指示时真相未明而俟后需要对指

示加以变更的,

受托人得酌情予以变更。对于任意性指示,受托人享有独立裁量的权利,对受

托的事务处理得因势而定。

〔

1

8

]

3.

指示的变更

《合同法》第 3

9

9条后段规定了两种受托人可以变更委托人指示的情形:

(1)委托人同意受

托人变更其指示。这可以看成是委托人变更其授权,

亦可视为双方变更了委托合同,

且符合理

性人对其事务的处理最有发言权的理念,

法律对此没有禁止的理由。此类变更指示及其条件,

适用于命令性指示、

指导性指示和任意性指示。(2)受托人在处理委托事务时,发生了订立委

托合同时没有预料到的情事变化,且情况紧急,受托人难以和委托人取得联系的,可以变更委

托人的指示,

妥善处理委托事务。任意性指示因其性质决定,其变更不必符合上述条件,至于

命令性指示和委托人指示,

则有不同意见。

[

1

9

]

4.

妥善处理事务的义务

即使“情况紧急”、

“难以和委托人取得联系”,

受托人变更委托人的指示处理事务,也需要

“妥善”(《合同法》第 3

9

9条后段)。

5.

报告义务

鉴于委托人对其事务如何处理可能有自己的考虑甚至偏好,受托人即使以理性人的理念

及标准处理委托事务,

也不见得符合委托人的要求,而受托人在情况紧急情况下变更委托人的

指示,

恰恰是依理性人的理念及标准推断委托人遇有此类情况也会如此变更的,

《合同法》要求

受托人在变更指示后,

应当将该情况及时报告委托人(第 3

9

9条后段、

第 4

0

1条)。

6.

损害赔偿责任

受托人变更委托人的指示不当或怠于将变更指示的情况报告委托人,给委托人造成损失

的,

受托人应负赔偿责任。但需注意的是,委托合同若为无偿,受托人仅在故意或重大过失的

情况下才负赔偿责任(《合同法》第 4

0

6条、

第 3

9

9条)。

〔

1

8

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

6

0页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

5

8页。

〔

1

9

〕 参见史尚宽:

《债法各论》,

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

6

7年版,

第 3

7

0页;

郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局

1

9

8

1年版,

第 4

3

1页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

6

1页;刘春

堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

5

9页。

2

4



(三)亲自处理委托事务的义务

《合同法》第 4

0

0条前段规定受托人应亲自处理委托事务。所谓亲自处理,是指受托人独

立负责执行事务,

自主决定并掌控处理事务的必要方法、过程或措施,至于为处理事务所进行

的个别具体事项或行为,则可由履行辅助人(如助理或受雇人)实施。

〔

2

0

〕法律之所以如此要

求,

是因为第三人既非委托人任意使第三人代为处理委托事务,恐怕有负委托人的信任,而妨

害其利益。

(四)使第三人代为处理委托事务(转委托)

所谓使第三人代为处理委托事务,

是指受托人将其受托处理事务的全部或一部,

与第三人

成立委托或其他关系(如承揽或好意施惠关系),

使第三人代替受托人独立负责执行事务,

自主

决定并掌控执行事务的必要方法、过程或措施的情形。鉴于受托人未必是处理委托事务的最

佳人选,

或虽为理想人选但情况紧急难以亲自处理事务,固守亲自处理的信条反倒有违委托人

的利益,

法律应当允许受托人在一定条件下转委托。

所谓转委托,

又称复委托,

是指经委托人同意,受托人将委托事务的部分或全部转由第三

人处理,

法律后果仍归委托人承受的情形。转委托场合,除少数情况以外,通常均为受托人和

第三人成立委托合同,

约定第三人处理事务的范围等事项,合同标的必须是处理委托事务的行

为。于此场合,

受托人和委托人之间的委托合同关系,

一般称为原委托;

相对于原委托,

受托人

和第三人之间的委托合同关系,

一般称作转委托,

或复委托。这里的第三人叫做次受托人。

需要注意的是,

转委托关系中,

受托人并未脱离原委托合同关系,其事务处理权也没有转

让给次受托人,

换个角度说,

次受托人没有成为原委托合同关系的受托人。

《合同法》贯彻了上述精神,

于第 4

0

0条中段规定:

“转委托经同意的,

委托人可以就委托事

务直接指示转委托的第三人,

受托人仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任。

”于第

4

0

0条后段规定:

“转委托未经同意的,

受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任,但在紧

急情况下受托人为维护委托人的利益需要转委托的除外。

”《合同法》承认了两种转委托,兹分

析如下。

经委托人同意,

受托人可以转委托。这里的同意,包括允许 (事前同意)和承认 (事后同

意),

为单独行为,

由委托人向受托人以意思表示为之,明示或默示,在委托合同成立时表示或

其后表示,

均无不可。

经委托人同意的转委托的法律效果如下:(1)在受托人和委托人之间的法律关系方面,双

方的权利义务原则上不变,

即原委托合同关系不受转委托合同关系的影响。当然,

也可以说有

增加的内容—

—

—受托人对次受托人的选任及指示承担责任(《合同法》第 4

0

0条中段)。这里的

承担责任,

是指受托人选择次受托人不当、

对次受托人发布指示有误,

给委托人造成损失的,

应

当承担损害赔偿责任。如果受托人对次受托人的选任及指示没有过失,次受托人处理委托事

务致使委托人受到损害,

委托人只能请求次受托人承担责任,无权请求受托人负责。当然,受

托人须就次受托人的选任或所为指示无过错负举证责任。还有,受托人对

次受托人的选任及

指示承担责任,

是以次受托人应对委托人承担侵权责任等民事责任为前提的,次受托人对委托

人若无责任,

如次受托人处理委托事务时纠正了受托人的不当指示,受托人即便选任次受托人

〔

2

0

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

6

0页。



失当或所为指示有误,也不向委托人实际承担责任。(2)在委托人和次受托人之间的关系方

面,

双方原则上不直接发生关系,但委托人可以就委托事务直接向次受托人发布指示(《合同

法》第 4

0

0条中段)。至于次受托人处理委托事务的结果,

委托人有无直接请求权,

次受托人就

其处理委托事务所支出的费用、所遭受的损失等能否直接请求委托人负责,《合同法》未设明

文,

需要探讨。中国台湾地区“民法”及其学说认为,

委托人对于次受托人关于委托事务的履行

有直接请求权,

其理由在于,

若固守履行顺序,

使委托人向受托人请求,

再由受托人向次受托人

请求,

辗转曲折,

耗时费力,

并无实际益处,为谋便利而资保护委托人,故使委托人对于次受托

人有直接请求其履行关于委托事务之权,

而直接发生法律关系。

〔

2

1

〕该直接请求权的适用对象,

为委托事务本身之履行,

固属无疑,但是否及于不履行的损害赔偿责任,解释上不无争议。纯

就逻辑而言,

似以否定说为当,

唯为求委托人利益之周延,

则以肯定说为宜。

〔

2

2

〕其道理充分,值

得中国大陆民法及其理论借鉴。关于次受托人就其处理委托事务所支出的费用、所遭受的损

失等能否直接请求委托人负责,

回答是否定的,因为直接请求权系赋予委托人的特殊权利,委

托人并不因之与次受托人发生其他法律关系,

更不因之成立委托合同。如此,

次受托人对委托

人并无任何直接的权利,而且,对委托人的请求,亦不得以受托人 (次委托人)的事由拒绝给

付。

〔

2

3

〕这同样值得中国大陆民法及其理论借鉴。

委托人直接请求权创设的结果,在事务处理请求的债的关系上,发生同一事务的履行(同一给付),委托人既可对次受托人为全部的请求,受托人亦可对次受托人为全部的请求,遂形成一种类似连带债权的关系,委托人和受托人成为次受托人的连带债权人,于是次受托人可向其中任何一人为全部给付。〔24〕但须注意的是,连带债权通常有内部分享关系,可委托人和受托人对于次受托人的连带债权,则无内部分享关系可言。〔25〕

虽然未经委托人同意,但情况紧急,受托人为了委托人的利益亦可转委托(《合同法》第400条后段)。所谓紧急情况,

有立法例及其学说称之为不得已的事由,

是指受托人亲自处理委

托事务受到阻碍,

委托人将会因该委托事务处理的中断而受损害,且时机急迫,来不及或无法

通知委托人的情形。例如,

受托人突然患重病、

应征入伍、

职务变动而迁移他地等,

致使无法亲

自处理委托事务。至于受托人事务繁忙,

则非此处所说的紧急情况。

〔

2

6

〕这种转委托,与委托人

同意的转委托应当发生相同的法律效果。

既无紧急情况发生,

也未经委托人同意,受托人擅自成立转委托,受托人对次受托人的行

为承担责任(《合同法》第 4

0

0条后段)。对此,

应细化为如下几点:

(1)受托人和次受托人之间

存在着委托合同的,

该合同有效。受托人处于委托人的地位,有权对次受托人请求处理事务,

〔

2

1

〕 中国台湾地区“民法”第 5

3

9条的立法理由(说明);

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

6

5页。

〔

2

2

〕 史尚宽:

《债法各论》(下),

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

6

7年版,

第 3

7

2~3

7

3页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),姚

志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 1

6

5页。

〔

2

3

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

6

5页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

6

5页。

〔

2

4

〕 郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

8

1年版,

第 4

3

4页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),姚志明校订,中国人

民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 1

6

5~1

6

6页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

6

6页。

〔

2

5

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 1

6

6页。

〔

2

6

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

6

3页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

6

1页。

4

4



也就是说,法 律 关 于 委 托 合 同 的 规 定 完 全 适 用 于 受 托 人 和 次 受 托 人 之 间 的 合 同 关 系。

〔

2

7

〕

(2)受托人和委托人之间的关系是,

受托人违反了亲自处理委托事务的义务,

构成违约行为,

委

托人有权解除他和受托人之间的委托合同。一旦解除,次受托人即不得再行处理委托事务。

但在解除之前,

委托人无权阻止次受托人处理事务。

〔

2

8

〕(3)受托人对次受托人的行为,有代负

责任的义务。这里所说的代负责任,解释上即不论受托人有无过失,只要次受托人应负责任

(通常为侵权责任),

受托人亦应负同一责任。受托人的责任,

宜解释为违约责任。至于二者之

间的竞合关系,

宜解释为不真正连带债务,受托人因代负责任而赔偿委托人的,可请求委托人

让与其对于次受托人的损害赔偿请求权。

〔

2

9

〕

(五)报告义务

受托人应当按照委托人的要求,随时或定期报告委托事务的处理情况。委托事务终了或

委托合同终止时,

受托人应当将处理委托事务的始末经过和处理结果报告给委托人,并提交必

要的证明文件,

如各种账目、

收支计算情况等(《合同法》第 4

0

1条)。法律之所以加以受托人这

种义务,

是为了使委托人得以稽查或接收,

方便其主张或行使有关委托合同的各种权利。

〔

3

0

〕

在委托事务的处理过程中,

如果委托人要求受托人履行报告义务,告诉事务处理的状况,

受托人应当报告。委托人没有要求他汇报,但有报告的必要时,如事务处理有障碍、情事已经

变更等,

受托人亦应随时汇报。受托人因怠于报告所致损害,

委托人有权请求其赔偿。受托人

此项义务的具体内容一般不是由法律直接规定,

而是由当事人约定。受托人作有关汇报,

不以

有委托人的请求为前提,

事务终了的报告尤其如此。

(六)财产转交义务

受托人处理委托事务所取得的财产,

应当转交给委托人(《合同法》第 4

0

4条)。这里的财

产,

包括金钱、

物品(包括不动产和动产)及其孳息(包括天然孳息和法定孳息)、权利(包括物

权、

其他支配性权利、

基于此类权利产生的损害赔偿请求权,

不包括债权)等。

1.

物的交还

金钱、

物品及其孳息,

不论受托人是以委托人的名义取得的,

还是以自己的名义取得的,也

不论是受托人在处理事务过程中直接取得的,

抑或系由第三人交付或移转取得的,受托人均应

将其交还给委托人。

交还的时间,《合同法》未设明文,应依如下规则确定:(1)当事人有约定的,依其约定; (2)法律有规定的,

依其规定;

(3)无约定和规定,

恰至委托合同终止的,

合同终止的时间点即为

交还的时间;

(4)除此之外,

交还物的义务均属于未定期限的债务,应按照《合同法》第 6

2条第

4项的规定,

委托人可以随时请求受托人交还,

但须给受托人必要的准备时间。

交还的时间届满,

受托人仍未交还的,

构成履行迟延,

应负违约责任。

〔

2

7

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

6

4页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

6

2页。

〔

2

8

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

6

4页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

6

2页。

〔

2

9

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

6

4页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

6

2~1

6

4页。

〔

3

0

〕刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

6

7页。

第二十七章　委托合同

5

4

4

受托人擅自使用应予交还的物品、

金钱,

所获得利益应按照不当得利规则返还给委托人。

2.

权利的移转

受托人享有代理权的,

其代理行为的效力直接及于委托人,

事务处理过程中取得的有关权

利直接由委托人取得,

不存在受托人移转权利于委托人的问题。

在委托人没有将代理权授予受托人的情况下,受托人处理委托事务的过程中取得的物权

和其他支配性权利,

以及基于这些权利产生的损害赔偿请求权,

需要移转给委托人。此类权利

的移转,

除同时涉及当事人地位移转及债务承担的以外,无须得到该权利的他方同意,一经受

托人将它们移转于委托人,

就发生效力,委托人可以依法行使此类权利(委托人仍不因之成为

合同当事人,

仍不得根据合同而为请求)。委托人受让此类权利移转之前,

不得基于此类权利向

他方主张。不过,

此类权利的他方相对人,

可以其对抗受托人的事由,

对抗委托人。至于受托人就

其已经以自己名义取得的权利,

因可归责于自己的事由而怠于移转给委托人或不能移转给委托人

的,

应承担违约责任。还有,

受托人在将此类权利移转给委托人之前,

怠于行使该权利的,

或怠于

从他方取得此类权利并移转给委托人的,

应解释为委托人有权代位行使此类权利。

〔

3

1

]

(七)受托人因过错致委托人以损害应负赔偿责任

在有偿的委托合同中,受托人处理事务有过错,致使委托人遭受损害,应负赔偿责任(《合

同法》第 4

0

6条第 1款前段)。在无偿的委托合同里,受托人仅就故意或重大过失而给委托人

带来的损失负责任(《合同法》第 4

0

6条第 1款后段)。

(八)受托人因越权所负的损害赔偿责任

受托人在处理委托事务时,

有一定的权限范围。当受托人超越该权限处理事务时,

若给委

托人造成损失,

则不论有无过错,

均应对委托人负损害赔偿责任(《合同法》第 4

0

6条第 2款)。

(九)受托人的连带责任

在委托合同关系中,

委托人委托两个或两个以上的受托人共同处理委托事务,

若其中一个

受托人或数个受托人都违反了受托人的义务,

而给委托人带来损失的,委托人可以向所有受托

人或其中任何一个要求赔偿,

即受托人为数个时,相互之间负连带责任(《合同法》第 4

0

9条)。

但如其中的一人或数人未与其他受托人协商而实施的行为,损害了委托人利益的,无过错的受

托人可以在承担连带责任后向实施该行为的受托人行使追偿权。负连带责任的受托人必须是

委托人所委托的共同处理委托事务的人,

若委托人分别委托不同受托人处理不同事务的,则各

受托人就各自处理的事务向委托人负责,

并不发生负连带责任的问题。

二、

委托人的义务与责任

(一)支付费用的义务

不论委托合同是否有偿,

委托人都有可能负担支付费用的义务。委托人履行支付费用的

〔

3

1

〕 参考中华民国最高法院 1

9

3

2年上字第 9

3

4号判例;

中国台湾地区“最高法院”第 1

9

5

2年台上字第 1

0

1

1号判例;中

国台湾地区“最高法院”1

9

5

5年台上字第 2

6

2号判例;

中国台湾地区“最高法院”1

9

5

6年台上字第 6

3

7号判例;中国

台湾地区“最高法院”1

9

6

3年台上字第 2

9

0

8号判例;

中国台湾地区“最高法院”1

9

8

3年台上字第 4

7

2

0号判例;王泽

鉴:

“委任人得否代位行使受任人以自己名义为委任人取得之权利”, 载《法学丛刊》(第 3

3卷)1

9

8

8年第 3期,

第 3

1

页以下;

詹森林:

“受任人移转权利之义务与委任人之代位权”,

载詹森林:

《民事法理与判决研究》,

1

9

9

8年自版,第

1

5

1页以下;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

6

8~1

6

9页;刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

6

9~1

7

1页。

6

4



义务有两种方式:

一是预付费用,

二是偿还费用。

1.

费用的预付。委托人应当向受托人预付处理委托事务的费用(《合同法》第 3

9

8条前

段)。委托人应预付费用的多少以及预付的时间、

地点、

方式等,

应依据委托事务的性质和处理

的具体情况而定。

2.

垫付费用的偿还。受托人无为委托人垫付费用的义务,

一旦垫付,

有请求委托人偿还的

权利,

与此相应,

委托人也就负有偿还费用的义务(《合同法》第 3

9

8条后段)。委托人偿还的费

用一般应限于受托人为处理事务所支出的必要费用及其利息。对于受托人在处理受托事务时

所支出的有益费用,

双方当事人没有约定或约定不明确时,应根据无因管理或不当得利的规

定,

由受托人向委托人请求偿还。

〔

3

2

〕

(二)支付报酬的义务

委托合同的当事人之间约定了报酬,或虽无约定但依习惯或委托的性质应当由委托人支

付报酬的,

于受托人完成委托事务时,委托人应当支付报酬,受托人享有给付报酬请求权。即

使因不可归责于受托人以及委托人的事由,

导致委托合同解除或委托事务不能完成的,委托人

也应当向受托人支付相应的报酬。当然,

当事人另有约定的,

依其约定(《合同法》第 4

0

5条)。

这里所谓的习惯,

一般指地方习惯。此处所谓委托的性质,

例如委托律师事务所的律师进

行诉讼,

或委托会计师从事查账,

性质上应为有偿,

除非当事人有相反的约定。

〔

3

3

〕

因可归责于受托人的事由而致委托合同解除或委托事务不能完成的,受托人无报酬请求

权。若报酬是分期给付的,

对于受托人债务不履行前已支付的报酬,

受托人无须返还。报酬的

数额,

由双方当事人自行约定,

无约定的,

依《合同法》第 6

1条、

第 6

2条的相关规定确定。报酬

的标的,

限于金钱,

也可包括有价证券或其他给付,

但当事人无约定的,

应给付金钱报酬。

对于支付报酬的时间,

许多立法例及其学说大都采取“后付主义”,

即除当事人另有约定事

先给付报酬的以外,

非于委托关系终止及受托人明确报告始末后,受托人不得请求给付。因

此,

受托人不得以委托人未付报酬为由,

就受托事务的处理行使同时履行抗辩权或先履行抗辩

权。

〔

3

4

〕

委托合同重在事务处理的本身,

不以发生预期效果或已告成功为内容,所以,受托人只要

将委托事务处理完毕,

并为明确报告始末后,

就有权请求委托人给付报酬。委托人不得以事务

处理未达预期效果为由拒付报酬。例如,

委托人不得以诉讼败诉为由而拒付代理费,

除非当事

人双方约定的是风险代理。

〔

3

5

〕

(三)代偿债务

受托人因处理委托事务而对第三人负担必要债务的,

在间接代理中较为常见。例如,甲委

托乙从丙处购买奔驰车 5辆,

买受人栏填写的是乙,则对出卖人丙承担付清车款义务的为乙。

〔

3

2

〕 郭明瑞、

王轶:

《合同法新论·分则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

7年版,

第 3

0

9~3

1

0页。

〔

3

3

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

8

0页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

8

2~1

8

3页。

〔

3

4

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

8

0页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

8

3页。

〔

3

5〕邱聪智:《新订债法各论》(中),姚志明校订,中国人民大学出版社2006年版,第180~181页;刘春堂:《民法债编各论》(中),三民书局2007年版,第183页。

# 第二十七章　委托合同

7

4

4

于此场合,

乙可请求甲代其向丙付清车款,因为甲才是真正的买受人,如此处理可免去复杂的

求偿程序。如果未经受托人请求委托人便主动向丙付清车款,

更应允许,

但应及时将清偿情况

通知受托人,

以免受托人非债清偿而增加成本。

(四)赔偿责任

1.

委托人应对其指示不当或其他过错致使受托人遭受的损失负责赔偿。其性质为典型的

违约责任。

2.

受托人在处理事务的过程中因不可归责于自己的事由受到损失,

委托人即使没有过错,

也应负责赔偿(《合同法》第 4

0

7条)。此处所谓的损失,

包括财产损失和非财产损失,

且不以处

理事务之当时所发生,

及缔结合同时所预见者为限。

〔

3

6

〕 这种责任,连同无因管理中本人对管理

人实施管理事务时所受损失的赔偿责任,

都是基于利益衡量而特别设立的责任,不是通常意义

的违约责任,

因为在这种情况下不存在义务被违反的事实,委托人亦非行为人,受托人所受损

失与委托人的行为之间也没有因果关系。这种责任可有如下类型:受托人在事务处理过程中

所受的损失系由第三人的加害行为造成的,

这种损失固然可向该第三人请求赔偿,也可请求委

托人负责赔偿。委托人而后有权向该第三人代位求偿。委托人的这种责任,在该第三人不明

或其无资力或无过失时,

对于受托人特别有利。

3.

委托合同以当事人双方之间的信任关系为基础,

要求受托人亲自处理委托事务,

受托人

原则上不得擅自转委托第三人,同理,委托人也不得擅自再委托第三人处理委托事务。否则, 因此给受托人造成损失的,

委托人必须承担赔偿责任。不仅如此,

委托人委托第三人处理委托

事务,

即使经过了受托人的同意,

对因此给受托人造成的损失仍须负责赔偿(《合同法》第 4

0

8

条)。这表现了对受托人的优惠保护。

第三节　间接代理制度

代理有直接代理与间接代理之分。所谓直接代理,即代理人必须是以被代理人的名义为

民事行为,

而不能以自己的名义与第三人进行民事行为。所谓间接代理,

系指代理人以自己的

名义,

为本人计算,

而为民事行为。在《合同法》中,

它主要包括如下内容。

一、

委托人的自动介入

受托人以自己的名义,

在委托人的授权范围内与第三人订立合同,

第三人在订立合同时知

道受托人与委托人之间有间接代理关系的,

该合同直接约束委托人和第三人(《合同法》第 4

0

2

条)。此时,

委托人即自动介入受托人与第三人所订立的合同中,取代了受托人的合同地位。

之所以如此规定,

理由在于:

(1)从文义解释的角度考察,

《合同法》第 4

0

2条规定“该合同直接

约束委托人和第三人”,

并未使用“该合同也约束委托人和第三人”的表述,更未排除委托人承

受间接代理所应负的权利义务;

相反,

倒是旨在令委托人承受该权利义务,

除非“有确切证据证

〔

3

6

〕欧阳经宇:

《民法债编各论》,

汉林出版社 1

9

7

7年版,

第 1

4

6页。



明该合同只约束受托人和第三人”(《合同法》第 4

0

2条后段)。(2)这也是由代理制度的本质

特征所决定的,

即代理行为产生的权利义务最终由被代理人承受,

而非由受托人／

代理人(包括

间接代理人)承受。(3)从体系解释的角度考察,

委托人一旦依据《合同法》第 4

0

3条的规定行

使介入权,

即取代受托人的合同地位。在委托人自动介入场合,

即适用《合同法》第 4

0

2条规定

时,

亦应持同样的立场。

如果有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的,

不发生委托人的自动介入的问题。

委托人自动介入后,

受托人在一般情况下即无须再承担任何合同义务。但合同另有约定, 或有特殊交易惯例时除外。

在委托人介入受托人与第三人所订立的合同之后,受托人仍有权要求委托人按约定支付

报酬。

二、

委托人的介入权

当受托人因第三人的原因对委托人不履行义务时,

受托人应当向委托人披露该第三人,

委

托人因此可以行使受托人对该第三人的权利。这就是委托人的介入权。此权利在性质上为形

成权。

如果第三人知道该委托人,

就不会与受托人订立合同的,

不产生委托人的介入权。

委托人的介入权与委托人的自动介入不同,其区别体现在:(1)介入权的发生以自动介入

的不发生为前提;

(2)自动介入以第三人知道受托人与委托人之间的间接代理关系为适用前

提;

介入权则以受托人因第三人的原因对委托人不履行合同义务为前提;(3)介入权须经由委

托人权利的行使;

自动介入则不存在权利的行使问题,

系当然发生;

(4)介入权产生的阻却事由

为:

一旦第三人于订立合同时知道该委托人就不会与受托人订立合同;自动介入的阻却事由

为:

有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人。

在委托人行使介入权,

从而得以行使受托人对第三人的权利时,

第三人可以向其主张对受

托人的抗辩。

三、

第三人的选择权

代理制度的核心是委托人与第三人的关系。《合同法》为衡平委托人与第三人之间的利

益,

在承认了委托人的介入权的同时,

也承认了第三人的选择权。

当受托人因委托人的原因对第三人不履行义务时,

受托人应当向第三人披露该委托人,

第

三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人从而主张其权利。此即为第三人的选择权。

第三人一旦行使了选择权,

即无权变更选定的相对人。

在第三人选择向委托人主张权利的,委托人可以向第三人主张其对受托人

的抗辩以及受

托人对第三人的抗辩。

四、

受托人的披露义务

为了实现间接代理制度中委托人的介入权和第三人的选择权,作为间接代理人的受托人

在下列情形下应负担披露义务:

在受托人与第三人订立合同时,第三人不知道受托人与委托人之间的间接代理关系的:



(1)当受托人因第三人的原因不履行合同义务时,受托人应负披露义务,向委托人披露该第三

人,

从而使委托人得以行使介入权,

对第三人主张受托人的权利。(2)在受托人因委托人的原

因对第三人不履行合同义务时,

为便利第三人选择权的行使,受托人也应负披露义务,向第三

人披露该委托人。

第四节　委托合同的终止

一、

委托合同因解除而终止

委托合同可因当事人一方行使解除权或双方协商一致而终止。当事人协商一致解除委托

合同的,

适用《合同法》第 9

3条第 1款的规定。当事人一方行使解除权,

终止委托合同,

需要具

备解除权产生的条件和解除权的实际行使。解除权产生的条件,例如,委托事务处理完毕,委

托合同履行已不可能,

任何一方的违约行为符合《合同法》第 9

4条第 2项以下的规定,合同约

定的解除条件成就,

等等。这些解除权产生的条件,有的比较明确,有的在本书有关章节已做

讨论,

此处不赘述。需要特别研讨的是任意解除权。

在委托合同中,

当事人双方均享有任意解除权,可任意解除合同。该权存在的理由在于,委托合同以当事人之间的信任关系为前提,

而信任关系具有一定的主观任意性,在当事人对对

方当事人的信任有所动摇时,

就应不问有无确凿的理由,均允许其随时解除合同。否则,即使

勉强维持双方之间的关系,

也必然招致不良的后果,影响委托合同订立目的的实现。

〔

3

7

〕因此,

《合同法》第 4

1

0条承认了任意解除权。

〔

3

8

〕

二、

委托合同的当然终止

委托合同可以不经当事人行使解除权或协商一致而当然终止。属于此类终止的原因,例

如,

委托合同约定的合同存续期限届满,所附解除条件成就。本书有关章节对此亦有交代,此

处不赘述。这里重点讨论的是,

当事人一方死亡、丧失行为能力或破产,导致委托合同当然终

止的情况。

《合同法》第 4

1

1条前段规定,

当事人一方死亡、丧失行为能力或破产时,委托合同当然终

止,

无须当事人行使解除权。

死亡,

包括自然人的自然死亡和宣告死亡。无论委托人死亡还是受托人死亡,或二者同时

死亡,

委托合同均归终止,

没有继承的问题,

事务处理的权利和事务处理的义务,

都不得作为继

承的标的。至于当事人为法人时,

则其解散视同自然人死亡,不必等待清算完结,委托合同即

〔

3

7

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

8

2页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

8

7页;

郭明瑞、

王轶:

《合同法新论·分则》,中国政法大学出版社 1

9

9

7年版,第 3

1

4

页。

〔

3

8

〕 当然,

《合同法》第 4

1

0条对于民事委托与商事委托未加区分地一律允许任意解除的规定并不适当,应予修正。对

于这个问题的详细分析,

参见崔建远、

龙俊:

“委托合同的任意解除权及其限制”,

载《法学研究》2

0

0

8年第 6期。

0

5

4　合同法(第六版)

告终止。因为法人如经解散,

其人格信赖基础即告动摇或破坏,

且清算中的法人的人格存续仅

在清算的必要范围内有其意义。

〔

3

9

〕

法人破产,

其信用丧失,

当事人之间的信用关系或信用基础因而被动摇或破坏,委托合同

不宜存续。

〔

4

0

〕

丧失行为能力,

是指完全丧失行为能力。丧失者为委托人时,

则其委托受托人处理的事务

应归其法定代理人处理,

一般来说,

无须再由受托人为之;

丧失行为能力人的为受托人时,

其本

身的事务尚须其法定代理人处理,自顾不暇,难以再为他人处理事务。所以,委托合同不宜存

续。

因受托人可以为限制行为能力人,

故当事人一方成为限制行为能力人时,

委托合同不妨继

续存在;

至于委托人成为限制行为能力人,

更不影响委托合同的存续。

〔

4

1

〕

委托合同因当事人一方死亡、丧失行为能力或破产而当然终止,这一规定不利于保护当

事人的合法权益时,需要予以矫正。《合同法》设有例外,于第 4

1

1条后段规定,双方当事人

另有约定,或依委托事务的性质不宜终止的,委托合同不因当事人一方死亡、丧失行为能力

或破产而当然终止。

所谓双方当事人另有约定,

例如约定委托人死亡时,由其继承人继承事务处理权,承受委

托合同引发的法律后果,或委托人丧失行为能力时,由其监护人承受委托合同项下的权利义

务。只要委托人基于委托合同所享有的权利和所负担的义务不具有较强的人身性,法律应承

认此类约定有效。

所谓依委托事务的性质不宜终止,例如,受托代收租金 3年,约定以租金抵偿受托人对委

托人的债权场合,

只要尚未收到 3年的租金,

即使委托人或受托人死亡、

破产或丧失行为能力,

委托合同也不因此而终止。

〔

4

2

〕

受托人死亡、

丧失行为能力或破产,

致使委托合同终止的,

受托人的继承人、

法定代理人或

清算组织应当及时通知委托人(《合同法》第 4

1

3条前段)。

三、

受托人继续处理事务的义务

《合同法》第 4

1

2条规定,

当委托人死亡、

丧失行为能力或破产之后,

在委托人的继承人、

法

定代理人或清算组织承受委托事务之前,

受托人有继续处理受托事务的义务。

该继续处理事务义务的成立需要具备如下要件:

(1)须委托人死亡、

丧失行为能力或破产;

(2)须委托人的继承人、

法定代理人或清算组织尚未承受委托事务;

(3)须受托人不继续处理事

务就有害于委托人。

关于继续处理事务义务的性质,

有委托合同延长说和无因管理说之别。前说认为,

受托人

〔

3

9

〕 史尚宽:

《债法各论》(上),

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

6

7年版,第 3

8

9页;郑玉波:《民法债编各论》(下),三民书

局 1

9

7

2年版,

第 4

5

1页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

8

4页;刘

春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

9

2页。

〔

4

0

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

8年版,

第 1

9

2~1

9

3页。

〔

4

1

〕郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

7

2年版,

第 4

5

1页。

〔

4

2

〕郑玉波:

《民法债编各论》(下),

三民书局 1

9

7

2年版,

第 4

5

1页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),姚志明校订,中国人

民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 1

8

6页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

9

4页。

第二十七章　委托合同

1

5

4

既然有继续处理事务的义务,

也得享有委托合同项下的权利,

所以,

他与委托人之间的关系,

为

委托合同的延长。于是,

委托合同为有偿合同的,受托人仍有报酬请求权。后说主张,此时委

托合同关系已经消灭,

受托人继续处理事务属于无因管理,只能请求委托人偿还费用,而不得

请求报酬。由于受托人继续处理事务的义务为法律上的义务,

并非无义务而管理他人的事务,

所以,

委托合同延长说更为可取。

〔

4

3

〕

继续处理事务的始期,

应当是委托人死亡、丧失行为能力或破产之时,终期为委托人的继

承人、

法定代理人或清算组织承受委托事务之时,

期限较短暂。

受托人死亡、

丧失行为能力或破产,

致使委托合同终止,

将损害委托人利益的,

在委托人做

出善后处理之前,

受托人的继承人、法定代理人或清算组织应当采取必要措施(《合同法》第

4

1

3条后段)。所谓“必要措施”,

应做广义理解,

既包括消极的保存行为,

也包括对委托事务的

积极处理行为。

〔

4

3

〕 史尚宽:

《债法各论》(上),

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

6

7年版,第 3

9

1页;郑玉波:《民法债编各论》(下),三民书

局 1

9

7

2年版,

第 4

5

5页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 1

8

7页;刘

春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 1

9

7页。

# 第二十八章　行 纪 合 同

## 第一节　行纪合同概述

一、

行纪合同的界定与法律性质

(一)行纪合同的界定

民法上所称的行纪,

有双重含义:

一种是指行纪业,

另一种是指行纪合同。所谓行纪,中国

向来称其为牙行,

也叫做经纪行或委托行的,是指以自己的名义为他人的利益考虑,为动产的

买卖或其他商业上的交易,

而接受报酬的营业。称行纪者,

必为一种营业,

行纪业,

假如不是一

种营业,

不算行纪,

只能适用关于委托合同的规定。

所谓行纪合同,

是指一方根据他方的委托,以自己的名义为他方从事贸易活动,并收取报

酬的合同。其中以自己名义为他方从事贸易活动的人,

为行纪人;

委托行纪人从事贸易活动并

支付报酬的人,

为委托人(《合同法》第 4

1

4条)。

(二)行纪合同的法律性质

1.

行纪合同主体的限定性

在中国,

行纪合同的委托人可以是自然人,

也可以是法人或其他组织,

对此并无太多限制。

但行纪人只能是经批准经营行纪业务的法人、

自然人或其他组织,未经法定手续批准或核准经

营行纪业务的法人、

自然人或其他组织不得经营行纪业务,

不能成为行纪合同的行纪人。这表

明行纪人的主体资格要受到限制。

行纪业的类别繁多,

行纪人和他人就动产交易的委托而成立的合同,是否尽为行纪合同, 不宜一概而论。虽为行纪业,

但与他人订立的合同属于营业范围之外的动产交易的,

应定位为

委托合同,

而非行纪合同。例如,

委托珠宝业出售汽车,

就不宜以行纪论。

〔1〕

2.

行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动

行纪人在为委托人从事贸易活动时,须以自己的名义。行纪人在与第三人实施法律行为

时,

自己即为行为主体,

由该法律行为所产生的权利、

义务均直接由行纪人自己承受(《合同法》

第 4

2

1条第 1款)。委托人并非该法律行为的当事人,就该法律行为既不享有权利,也不负义

务。如此,

行纪人为委托人所购买的物品,

或取得的价金,

其所有权先由行纪人取得,

再移转给

委托人。

〔1〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

4

3~2

4

4页;

刘春堂:

《民法债编各

论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 2

7

4页。



由此决定,行纪人无披露委托人是谁的义务,相对人无请求行纪人告知委托人为谁的权

利,

行纪人也不得任意告知相对人为谁。如其任意告知,

致委托人以损害的,

成立违约责任。

〔2〕

3.

行纪人为委托人的利益从事贸易活动

行纪合同的行纪人虽与第三人直接发生法律关系,且直接承受该法律关系中的权利、义

务,

但是,

从终极的意义上讲,

这些法律后果要转归委托人承受。因此,

在行纪人与第三人为法

律行为时,

应充分考虑委托人的利益,

并将所产生的法律后果转归委托人。

4.

行纪合同的标的是行纪人为委托人成立一定的法律行为

行纪合同中行纪人为委托人从事贸易活动,

与第三人为法律行为,

或为买卖,

或为租赁,或

为保险,

等等。该法律行为的成立和实施是委托人与行纪人订立行纪合同的目的所在。

尽管如此,

行纪人和相对人订立的买卖等合同,与行纪人和委托人成立的行纪合同,仍为

各自独立的合同,

应当分别适用相应的法律规定。从而,

行纪人和委托人之间的行纪合同是否

存在着瑕疵,

对于行纪人和相对人之间成立的买卖等法律行为,不产生影响。另一方面,行纪

人和相对人之间成立的买卖等法律行为,

是否有效,

有无因欺诈、

胁迫或重大误解等因素,

应就

行纪人和相对人决定之,

委托人的情事不必加以考虑。不过,

行纪人所订立的具体的买卖等合

同,

若是按照委托人的指示所为,

则委托人的恶意应视为行纪人的恶意。

〔3〕

5.

行纪合同是双务、

有偿、

诺成和不要式的合同

行纪人负有为委托人买卖或从事贸易活动的义务,

而委托人负有给付报酬的义务,

双方当

事人的义务相互对应;

同时,

行纪人完成贸易活动要收取报酬,

即为有偿服务而非无偿奉献,

双

方当事人之间的利益关系为对价关系,

故行纪合同为双务、

有偿的合同。行纪合同只需双方当

事人之间的意思表示一致即告成立,无须一方当事人义务的实际履行,也无须具备特别的形

式,

因而其为诺成、

不要式的合同。

〔4〕

二、

行纪合同与相关法律制度的关系

(一)行纪合同与英美法的信托制度

行纪合同与英美法的信托制度的区别在于:(1)前者为单一的合同关系;后者为复合的财

产管理的法律关系。(2)前者有行纪人与委托人双方当事人;后者有信托人、受托人和信托受

益人三方当事人。(3)前者不以财产交付为成立要件,

而且通过办理业务所获得的财产首先归

于行纪人名下,

再移转归委托人享有;后者以财产交付给受托人为成立要件,且取得财产所生

利益的是受益人而非财产授予人。(4)二者的法律责任不同。违反行纪合同,应承担违约责

任;

而在英美法的信托制度中则有完全不同于合同责任的信托责任。

〔5〕

(二)行纪合同与委托合同

行纪合同与委托合同的区别在于:

(1)前者中所指的事务是特定的,仅限于买卖等贸易活

动,

一般为法律行为;

而后者中所指的事务既可以是法律行为,也可以是事实行为。(2)前者

〔2〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

4

3~2

4

4页;

刘春堂:

《民法债编各

论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 2

7

4页。

〔3〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 2

7

8~2

7

9页。

〔4〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 2

7

7~2

7

8页。

〔5〕 王家福等:

《合同法》,

法律出版社 1

9

8

6年版,

第 3

0

1页。

4

5

4　合同法(第六版)

中,

行纪人只能以自己名义进行活动,

行纪人与第三人之间所为的法律行为并不能直接对委托

人产生效力;

而委托合同中的受托人处理委托事务,

可以自己的名义,

也可以委托人的名义,

所

以受托人与第三人之间订立的合同有时可对委托人直接产生效力。(3)前者为有偿合同; 后者

则或为无偿,

或为有偿。尽管它们存在着上述不同,但二者均以当事人双方的相互信任为前

提,

都是提供服务的合同,

都是委托人都委托他人处理一定的事务等,

因此,

许多国家和地区的

立法例都明确规定:

行纪合同未作规定的,

适用委托合同的有关规定。我国《合同法》亦然(第

4

2

3条)。

(三)行纪合同与承揽合同

这两种合同都属于是一方当事人为另一方当事人处理一定事务的合同。但在承揽合同

中,

承揽人只是完成一定工作并交付成果,

承揽人完成一定工作的行为的性质是事实行为而非

法律行为;

而在行纪合同,

行纪行为属于法律行为,

并且是买卖动产和有价证券等商事行为。

〔6〕

(四)行纪合同与直接代理、

间接代理

行纪与直接代理都是发生于三方当事人之间的关系,

并且都为他人活动,

这是两者的相似

之处。但在行纪中,

行纪人以自己名义活动,

其与第三人订立的合同,

直接对自己发生效力,对

委托人并无直接权利、

义务关系;

而在直接代理中,

代理人以被代理人名义活动,

其与第三人订

立的合同,

由被代理人直接承受其权利、

义务关系,

自己却不能承受。

行纪合同与间接代理的区别体现在:(1)行纪人与第三人之间订立的合同,行纪人对该合

同直接享有权利、

承担义务;

间接代理制度中,

代理人与第三人订立的合同,

有时可以直接对被

代理人产生合同效力,

由被代理人即委托人享有权利、

承担义务。(2)行纪合同关系中,

第三人

不履行义务致使委托人受到损害的,除非有特约,由行纪人承担损害赔偿责任;间接代理制度

中,

类似情形,

经由间接代理人即受托人披露义务的履行,

被代理人即委托人有介入权,

可基于

介入权的行使,

直接要求第三人承担损害赔偿责任,这突破了合同的相对性原则。(3)行纪合

同关系中,

委托人不履行义务致使第三人受到损害的,除非有特约,由行纪人对第三人承担损

害赔偿责任;

间接代理制度中,

类似情形,经由间接代理人,即受托人披露义务的履行,第三人

有权选择被代理人,

即委托人来主张损害的赔偿,

也突破了合同的相对性原则。

第二节　行纪合同的效力

一、

行纪人的义务与介入权

(一)直接履行义务

行纪人而非委托人是与相对人从事贸易活动的主体,

是所成立的法律行为的当事人,

直接

取得该法律行为所产生的权利,

负担该法律行为所产生的义务,并直接履行该义务(《合同法》

第 4

1

4条、

第 4

1

5条、

第 4

2

1条等)。所以,

相对人向行纪人而非委托人履行该法律行为所生债

〔6〕 郭明瑞、

王轶:

《合同法新论·分则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

7年版,

第 3

2

0页。

第二十八章　行纪合同

5

5

4

务,

相对人不履行该债务时,

由行纪人而非委托人对该相对人主张权利;

相应地,

相对人也只能

向行纪人而非委托人主张该法律行为所生的权利,请求行纪人对其不履行该法律行为所生债

务承担违约责任。还有,

行纪人不得以其对委托人的债权,

与其对相对人因该法律行为产生的

债务,

主张抵销;

同理,相对人也不得以其对委托人的债权,与其对行纪人所负债务,主张抵

销。

〔7〕

需要讨论的是,

因行纪人是为委托人的利益而从事贸易活动,从而取得对相对人的债权,可否从经济上的实质层面理解,

将该债权直接视为是委托人的债权呢?《德国商法典》对此做

出了肯定的回答,

于第 3

9

2条规定:“本于行纪人所订立之交易所生之债权,委托人于受让与

后,

始得主张之。前项债权,

虽未经让与,但于委托人与行纪人间及委托人与行纪人之债权人

间之关系,

视为委托人之债权”。这种超越形式逻辑而注重便捷、

经济的立法设计,

主要是出于

交易安全的考虑,

行纪人于破产时该债权仍应被纳入破产财产中,

〔8〕虽不乏反对的意见,但仍

可作为一种模式。

〔9〕

还需注意的是,

行纪人在相对人不履行基于贸易活动而产生的债务时,

应否对委托人承担

继续履行的责任或不履行的责任?对此意见不一。《合同法》基本上持

肯定的态度,于第 4

2

1

条第 2款规定:

“第三人不履行义务致使委托人受到损害的,

行纪人应当承担损害赔偿责任,

但

行纪人与委托人另有约定的除外”。

(二)负担行纪费用的义务

行纪费用,

是指行纪人在处理委托事务时所支出的费用。在我国,

行纪费用以行纪人负担

为原则,

但当事人另有约定的除外(《合同法》第 4

1

5条)。之所以采用该原则,

是因为在行纪业

的实务中,

双方当事人多把费用包含于报酬之内,

不单独计算行纪费用。

对行纪费用的确定,

有人认为,

仅限于必要费用,

也有人认为不应该仅限于必要费用,还应

包括有益费用。本书同意后一种观点。其中,

寄存费、

运送费等均属必要费用;

代缴的税费,也

为必要费用。其他为委托人的利益而支出的费用,应视为有益费用,例如改换包装费、保险费

等。

〔

1

0

〕

(三)妥善保管委托物的义务

行纪人占有委托物的,

应当妥善保管委托物(《合同法》第 4

1

6条)。所谓妥善保管委托物,

是指行纪人应尽善良管理人的注意。当然,

除非委托人另有指示,

行纪人并无为保管的委托物

办理保险的义务,

因此,对于物的意外灭失,只要行纪人已尽到善良管理人的注意,可不负责

任。若委托人已指示行纪人为保管委托物办理保险,

行纪人却未予办理保险时,

属于违反委托

人的指示,

行纪人应对此种情况下的保管物的毁损、

灭失负损害赔偿责任。若委托人并未为投

〔7〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

4

9页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 2

8

0~2

8

1页。

〔8〕 梅仲协:

《民法要义》,

中国台湾 1

9

6

3自版,

第 3

1

3~3

1

4页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大

学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

5

0页;

黄立:

《民法债编各论》(下),

台湾元照出版有限公司 2

0

0

2年版,

第 1

8

8页。

〔9〕 薛祀光:

《民法债编各论》,

三民书局 1

9

6

8年版,第 2

2

3页;史尚宽:《债法各论》(下),荣泰印书馆股份有限公司

1

9

6

7年版,

第 4

6

1~4

6

2页;

郑玉波:

《民法债编各论》(下),三民书局 1

9

7

2年版,第 5

0

6页;林诚二:《民法债编各

论》(中),

瑞兴图书公司 2

0

0

2年版,

第 3

1

0页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 2

8

1~2

8

2页。

〔

1

0

〕欧阳经宇:

《民法债编各论》,

汉林出版社 1

9

7

7年版,

第 1

8

0页。

6

5



保的指示,

但行纪人自动投保的,

投保费用归为行纪费用。

(四)合理处分委托物的义务

委托物交付给行纪人时有瑕疵或容易腐烂、

变质的,

经委托人同意,

行纪人可以处分该物;

和委托人不能及时取得联系的,

行纪人可以合理处分(《合同法》第 4

1

7条)。所谓处分委托物,

仅指处分委托出售之物,

除非万不得已,不包括处分购入之物,以达到委托人签订行纪合同的

目的。此处所谓的瑕疵,

应与买卖合同、承揽合同中的物的瑕疵作同一解释。并且,该瑕疵应

在委托物交付给行纪人时已经存在,假如交付时不存在,而是其后才产生的,则属于行纪人承

担违约责任的问题,

而非属于此处合理处分委托物的范畴。

〔

1

1

〕此处所谓合理处分,要求是为了

委托人的利益而处分,

处分的时机要恰当,价格较为适当,等等。行纪人违反对委托物的合理

处分义务的,

应承担违约责任,

并赔偿给委托人造成的损害。

(五)价格遵守义务

为了委托人的利益考虑,

行纪人应当遵从委托人的指示从事贸易活动,

包括在价格上尽可

能地按照委托人的指定确定。

1.

《合同法》第 4

1

8条第 1款规定:

“行纪人低于委托人指定的价格卖出或高于委托人指定

的价格买入的,

应当经委托人同意。未经委托人同意,行纪人补偿其差额的,该买卖对委托人

发生效力。

”该款规定包含以下内容:

(1)须有委托人所指定的价格。是否有价格的指定,应依

具体的情形来确定。必须有可以认为委托人表示的低于指定价格不卖出委托物或高于指定价

格不买入委托物的事实,

才能认为委托人指定了价格。委托人仅有希望性的指定,

不能认为是

此款中所谓的 “指定价格”。即此时的指示只能是训示性的,不 得 是 严 格 性 的 和 希 望 性 的。

(2)必须超越了指定价格而卖出或买入。对出卖委托物而言,

“超越”是指实际卖出价格低于指

定价格。对买进委托物而言,

“超越”是指实际买入价格高于指定价格。(3)必须经委托人同意

或行纪人同意补偿其差额。若行纪人以低于委托人的指定价格卖出或高于指定价格买进委托

物的,

委托人事先或事后表示同意的,

则该买卖自然对委托人发生效力;

未经委托人同意,

行纪

人又未补偿其差额的,

则该买卖对委托人不生效力,由行纪人承担相应的责任;虽未经委托人

同意,

但行纪人同意补偿其差额的,

该买卖对委托人发生效力。

2.

《合同法》第 4

1

8条第 2款规定:

“行纪人高于委托人指定的价格卖出或者低于委托人指

定的价格买入的,

可以按照约定增加报酬。没有约定或者约定不明确,

依照本法第六十一条的

规定仍不能确定的,

该利益属于委托人。

”对此条款可从以下几个方面理解:(1)委托人指定了

委托物的卖出价格或买进价格。这种指定,

只能是训示性的指示。(2)行纪人以对委托人更有

利的价格卖出或买入委托物。(3)行纪人可以按照约定增加报酬。如果行纪人和委托人约定

的报酬是按委托物卖出或买进的价金的比例计算的,则行纪人因自己所为的有利于委托人的

买卖而使自己增加的报酬数额就很容易计算出来。如果事先就增加报酬并无约定的,所增加

的利益应归于委托人享有。

3.

《合同法》第 4

1

8条第 3款规定:

“委托人对价格作了特别指示的,行纪人不得违背该指

示卖出或者买进入。

”

〔

1

1

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

5

3页;刘春堂:《民法债编各论》

(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 2

9

0页。



(六)介入权

行纪人卖出或买入具有市场定价的商品,

除委托人有相反的意思表示以外,

行纪人自己可

以作为买受人或出卖人(《合同法》第 4

1

9条第 1款)。行纪人的这种权利,

叫做介入权,

或称行

纪人的自约权。

所谓介入,

是指行纪人自己为出卖人或买受人,

而不另与第三人成立买卖合同的情形。例

如,

委托人委托行纪人购买一辆奔驰车,

行纪人未与第三人订立买卖合同,

向其购买奔驰车,

而

是自己作为出卖人向自己购买。这形成了自己和自己订立买卖奔驰的合同,与自己代理在外

观上相似,

但实质上却有所不同。因为自己代理场合存在着双方当事人,

而介入场合没有双方

当事人。

〔

1

2

〕 由于合同必须有双方当事人,行纪人行使介入权场合,应当解释为行纪人和委托人

之间直接成立买卖奔驰车的合同,在该关系中,行纪人不再以是行纪人的身份,而是以出卖人

的身份,

与委托人订立买卖奔驰的合同。

〔

1

3

〕 该合同在成立方面具有特殊性,即行纪人行使介入

权的结果,

就是在委托人和行纪人(实际上为出卖人)之间当然地成立了奔驰车买卖合同, 并非

经过了行纪人和委托人之间要约、

承诺的程序。由此可见,

介入权属于形成权。

〔

1

4

〕

介入权的成立,

需要具备如下要件:

(1)委托出卖或买入的物品须为有市场定价的有价证

券或其他商品。行纪人受托出租或承租的,

可类推适用《合同法》第 4

1

9条的规定。(2)委托人

未作出反对行纪人介入的意思表示。假如存在反对行纪人介入的意思表示,则不问系存在于

行纪合同中,

还是存在于其他合同中,抑或是委托人的单独行为中;也不问是明示还是默示。

(3)行纪人尚未实行委托的贸易活动。如果行纪人已经与第三人完成交易行为(如订立买卖合

同),

卖出或买入委托出卖或买入的物品,

则基于该交易行为所发生的权利义务,

行纪人负有将

其移转于委托人的义务,

且其经济上的损益效果,

已经归属于委托人,

为防治权益冲突及纠纷,
当无再行使介入权的道理和余地。
〔
1
5
〕
介入权为形成权,
其行使需要行纪人一方向委托人发出意思表示,
明示或默示,
均无不可。
介入权一经行使,
在委托人和行纪人之间立即而直接地成立了买卖合同。该买卖合同适
用《合同法》关于买卖的规定。此其一。于此场合,
行纪合同并不消灭,
因而,
一方面,
行纪人仍
须妥善处理事务;
另一方面,
行纪人仍有权依据行纪合同关于报酬的约定,请求委托人付清报
酬(《合同法》第 4
1
9条第 2款)。此其二。当然,报酬的给付时间应在买卖实行之后,换句话
说,

由行纪人所介入的买卖实行是委托人给付报酬的前提,但因委托人方面的原因而使买卖合

同不能履行的除外。此其三。报酬标准,

未经委托人和行纪人协商,

可按委托人指示行纪人为

出卖或买入时的市场价格确定。委托人仅仅指示出卖或买入而未指示出卖或买入的特定时间

〔

1

2

〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 3

0

1~3

0

2页。

〔

1

3

〕 史尚宽:

《债法各论》(下),

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

6

7年版,第 4

8

1页;郑玉波:《民法债编各论》(下),三民书

局 1

9

7

2年版,

第 5

1

1页;

邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,第 2

6

4页;林

诚二:

《民法债编各论》(中),

瑞兴图书公司 2

0

0

2年版,

第 3

2

3页。

〔

1

4

〕 戴修瓒:

《民法债编各论》,

三民书局 1

9

6

4年版,

第 9

1页;

史尚宽:

《债法各论》(下),

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

6

7

年版,

第 4

7

8页;郑玉波:《民法债编各论》(下),三民书局 1

9

7

2年版,第 5

1

1~5

1

2页;邱聪智:《新订债法各论》

(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

6

4页;

刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

007年版,第302页。

〔15〕史尚宽:《债法各论》(下),荣泰印书馆股份有限公司1967年版,第481页;刘春堂:《民法债编各论》(中),三民书局2007年版,第300~3

0

1页。

8

5



的,

应以介入权行使日的市场价格为准。此其四。

介入权不是在任何情况下都可行使,委托交易的标的物,性质上不得行使介入权的,如市

场未定有市价的物品,

行纪人强行行使介入权,

则买卖合同无效;

法律禁止介入权的,

行纪人强

行行使介入权,

其结果亦然;

当事人约定禁止行使介入权的,

其结果同样如此。

〔

1

6

〕

二、

委托人的义务

(一)支付报酬的义务

行纪人完成或部分完成委托事务的,

有权请求委托人支付报酬(《合同法》第 4

2

2条前段)。

所谓报酬,

系行纪人为行纪行为的对价,其数额应由双方当事人约定。行纪人的报酬,在习惯

上多以其所为交易的价额依一定的比率提取,

这在证券交易中尤为常见。

一般认为,

行纪行为的实行,

为委托人支付报酬的条件。

〔

1

7

〕行纪人仅仅与第三人订立了合

同,

尚无权请求报酬。行纪人因其过失致使不能向委托人交付委托卖出物的价金或买进的物

品的,

丧失报酬请求权。如果行纪人和第三人间订立的合同因有瑕疵或其他法定原因, 如受欺

诈、

胁迫、

乘人之危等,

而导致该合同被撤销的,相当于行纪人未履行行纪行为,自然不得请求

报酬。但第三人违约且对其债务不履行予以了损害赔偿,

或委托人同意用其他物替代履行的,

产生履行后果,

行纪人可将行纪行为的结果转交委托人,

并得以请求报酬。

行纪人因不可归责于自己的事由致使不能完成行纪行为的,

如果已做了部分履行,

且该部

分履行相对于全部委托事务来说可以独立存在的,则有权就委托事务完成的部分请求委托人

支付报酬。若虽然仅完成了部分委托事务,

但委托人的经济目的已完全达到的,

行纪人有权请

求全部报酬的支付。如果委托事务的不完成或不能全部完成,

是委托人自己造成的,

行纪人仍

得请求委托人支付报酬。

〔

1

8

〕

行纪人和委托人对行纪报酬另有约定的,

依其约定。

行纪人全部完成或部分完成委托事务,

委托人应当支付报酬却逾期不支付的,

行纪人享有

留置委托物,

并依照法律规定以委托物折价或从拍卖、变卖该财产所得的价款中优先受偿的权

利,

除非当事人另有约定(《合同法》第 4

2

2条后段)。

(二)及时受领义务

行纪人按照行纪合同的约定为委托人买回委托物的,委托人应当及时受领。经过行纪人

催告,

委托人无正当理由拒绝受领的,行纪人可以提存委托物(《合同法》第 4

2

0条第 1款、第

1

0

1条)。仅就这点而论,

委托人的受领义务属于不真正义务。

(三)及时取回或处分的义务

委托物不能卖出或委托人撤回出卖时,委托人应该将委托出卖物取回或处分。若经行纪

人催告后仍不取回或不处分的,

行纪人有权就该委托出卖物提存(《合同法》第 4

2

0条第 2款)。

所谓取回,

是指委托人受领委托物,

使该物脱离行纪人占有的现象。这大多发生在行纪人

不能卖出委托物的场合。至于委托人是否将该物取回到自己的处所, 则在所不问。所谓处分,

〔

1

6

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

6

5页。

〔

1

7

〕 史尚宽:

《债法各论》(下),

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

6

7年版,

第 4

9

9页。

〔

1

8

〕 史尚宽:

《债法各论》(下),

荣泰印书馆股份有限公司 1

9

6

7年版,

第 4

9

9页。

第二十八章　行纪合同

9

5

4

包括事实上的处分和法律上的处分,

所以,

委托人将该物赠与他人或予以毁损,

均无不可,

但必

须将之脱离行纪人的占有。

〔

1

9

〕

所谓卖出,

是指行纪人以出卖人的地位,以该委托出卖之物为标的物,与第三人订立买卖

合同的情形。至于该物是否交付及移转所有权,

则在所不问。所谓不能卖出,

是指行纪人已经

尽到了善良管理人的注意,努力推销该委托出卖物,但未能在约定的或依习惯可确定的期限

内,

与第三人订立买卖合同,

将该物出卖的情形。至于不能卖出的原因,则在所不问。假如不

能卖出是因行纪人未尽善良管理人的注意所致,

行纪人不享有将该物提存的权利。

〔

2

0

〕

所谓撤回出卖,是指委托人不再委托行纪人出卖该物的意思表示。其本质属于任意撤

销。

〔

2

1

〕

委托人取回或处分委托物,

应当在合理的期限内为之。合理与否,

应视具体情况而定。

〔

1

9

〕 邱聪智:

《新订债法各论》(中),

姚志明校订,

中国人民大学出版社 2

0

0

6年版,

第 2

6

0页。

〔

2

0

〕刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局2

0

0

7年版,

第2

9

8页。

〔

2

1

〕刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局2

0

0

7年版,

第2

9

8页。

## 第二十九章　居 间 合 同

### 第一节　居间合同概述

一、

居间合同的界定与法律性质

居间合同,

是指双方当事人约定一方为他方提供、报告订约机会或为订立合同的媒介,他

方给付报酬的合同。提供、

报告订约机会的居间,

称为报告居间;

媒介合同的居间,

称为媒介居

间。在居间合同中,

提供、

报告订约机会或提供交易媒介的一方为居间人,给付报酬的一方为

委托人(《合同法》第 4

2

4条)。需要注意的是,居间人与经济活动中的“经纪人”表面相似,但

实质上却有别。所谓经纪人,

有时是居间人,

有时是行纪人,

有时为代理人。

居间合同具有如下法律性质:

1.

居间合同是一方当事人为他方报告订约机会或为订约媒介的合同。在居间合同中,居

间人为委托人提供服务,

这种服务表现为报告订约的机会或为订约的媒介。所谓报告订约机

会,

是指受委托人的委托,

寻觅及提供可与委托人订立合同的相对人,从而为委托人订约提供

机会。所谓为订约媒介,

是指介绍双方当事人订立合同,居间人斡旋于双方当事人之间,促使

双方达成交易。

2.

居间合同为有偿、

诺成、

不要式的合同。居间合同中的委托人需向居间人给付一定报酬,

作

为对居间人活动的报偿。居间人以收取报酬的居间活动为常业。只要双方当事人意思表示一致, 居间合同就可成立,

故其为诺成合同。其成立也无须采用特定的形式,

故为不要式合同。

3.

居间合同的主体具有特殊性。居间活动有着二重性,它虽然可以促进交易,繁荣市场, 发展社会主义市场经济,

但如果处理不当,也可能会干扰正常经济秩序,造成社会经济秩序混

乱,

败坏社会风气。因而,

法律应当对居间人的资格作出规定,只有具备从事居间活动条件的

法人、

自然人或其他组织才可以成为居间人。可以考虑作如下规定:(1)居间人须具有相应的

知识、

能力和从业条件,

从事商事居间的须进行工商登记;(2)规定机关法人、国家公务员等有

特殊职权的人不得从事居间活动,以避免他们利用手中权力和社会关系,从中牟取暴利,严重

危害社会经济秩序。

〔1〕

二、

居间合同与类似合同的辨析

(一)居间合同与委托合同

居间合同与委托合同存在如下不同之处:(1)居间限于报告缔约机会或提供缔约的媒介,

〔1〕 郭明瑞、

王轶:

《合同法新论·分则》,

中国政法大学出版社 1

9

9

7年版,

第 3

3

0~3

3

1页。

其服务范围和劳务的提供受有限制,且不涉及法律行为;而委托则系为他人处理事务,至于处

理事务的种类如何,

民法未设限制,

故可提供各种劳务,当然,其基本上为法律行为。(2)居间

合同是有偿合同;

委托合同可以是有偿合同,

也可以是无偿合同。

〔2〕(3)居间人通常不参与委

托人与第三人的关系,

不对委托人与第三人关系的内容作出决定;而委托合同受托人则可以参

与委托人与第三人的关系,

可以对委托人与第三人关系的内容作出决定。(4)居间人不能以委

托人的名义从事居间活动;

受托人可以委托人的名义处理委托事务。

居间合同与委托合同固然有所不同,

但它们均系基于双方当事人的信任而成立的、

提供服

务的合同,

居间人或受托人都是为了委托人的利益而办理事务,

故《合同法》就居间合同无规定

的事项,

可以准用关于委托合同的规定。

(二)居间合同与行纪合同

居间合同与行纪合同的相同之处在于,

二者均系基于双方当事人的信任而成立的、

提供服

务的合同,

居间人或行纪人都是为了委托人的利益而办理事务,

二者均属有偿合同。这是它们

的相似点,

但也有如下不同点:

(1)居间人提供的服务仅限于提供缔约机会或提供缔约的媒介, 且不涉及法律行为;

而行纪人可以为委托人从事各种贸易活动,可以自己的名义为法律行为。

(2)居间人通常不对委托人与第三人关系的内容作出决定,不参与委托人与第三人的关系; 而行纪人在履行合同时则可以与第三人建立法律关系,可以为委托人的利益对自己与第三

人合同关系的内容作出决定。(3)居 间 人 从 事 居 间 活 动 的 费 用,在 居 间 人 促 成 合 同 成 立 场

合,由居间人负担,在未促成合同成立场合,则只可要求委托人支付必要的居间费用(《合同

法》第 4

2

6条、第 4

2

7条);行纪人处理委托事务支出的费用,则由行纪人负担,除非当事人之

间另有约定。〔3〕

(三)居间合同与雇佣合同

居间合同与雇佣合同均属为他人服务的合同,两者有一定的类似性,但仍

有如下区别: (1)委托人和居间人之间不存在严格意义的选任、监督关系,居间人不一定遵照委托人的指示

行事;

而雇佣人和受雇人之间则存在着严格意义的选任、监督关系,受雇人原则上必须遵照雇

佣人的指示工作。(2)居间合同的场合,委托人系对于劳务的结果支付报酬,即居间人虽已向

委托人报告缔约机会或提供缔约的媒介服务,

但委托人如未因之与他人订立合同,居间人仍无

报酬请求权;

而雇佣合同的场合,

雇佣人系对于受雇人提供劳务本身给付报酬,即受雇人只要

提供劳务,

纵令未达成雇佣人的目的或其所期望的结果,

雇用人仍应承担支付报酬的义务。

〔4〕

(四)居间合同与承揽合同

居间合同与承揽合同的相同之处在于,

二者同属为他人服务的合同,

均强调只有一定的结

果产生(居间的场合是委托人因居间人的行为而与他人缔约,

承揽的场合是承揽人完成一定的

工作)才可以请求报酬。二者的不同点在于:

(1)居间限于向委托人报告缔约机会或提供缔约

的媒介服务,

其服务的范围和劳务的提供受有限制;而承揽则系为他人完成一定工作,

至于工

作的种类如何,

则原则上不过问。(2)居间人对于因其报告或媒介而订立的合同,享有报酬请

〔2〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 2

4

9~2

5

0页。

〔3〕 陈甦:

《委托合同·行纪合同·居间合同》,

法律出版社 1

9

9

9年版,

第 1

8

1~1

8

2页。

〔4〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 2

5

0页。

2

6

4　合同法(第六版)

求权,

并无注意义务和瑕疵担保责任;而承揽人对其所完成的工作,则负有注意义务和瑕疵担

保责任。

〔5〕

第二节　居间合同的效力

一、

居间人的义务

(一)报告订约机会或媒介订约的义务

报告订约机会或媒介订约是居间人的主要义务。在报告居间中,

居间人对于订约事项,应

就其所知,

据实报告给委托人(《合同法》第 4

2

5条)。居间人对于相对人而言,

并不负有报告委

托人有关情况的义务。在媒介居间中,居间人应将有关订约的事项据实报告给各方当事人。

无论居间人是同时接受合同当事人双方的委托,

还是仅接受委托人一方委托的,居间人都负有

向双方报告的义务。

(二)忠实义务

居间合同的居间人就自己所为的居间活动有忠实义务,

包括如实报告义务、

媒介妥适相对

人义务和调查义务。

关于如实报告义务,

《合同法》第 4

2

5条规定:“居间人应当就有关订立合同的事项向委托

人如实报告”(第 1款)。“居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况,损

害委托人利益的,

不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任”(第 2款)。

媒介妥适相对人义务,

要求居间人不得将明显没有履行能力的人、

无缔约能力的人媒介给

委托人。

调查义务发生在以居间为营业者的场合,

其他类型的居间学说认为无此义务。

〔6〕 以居间

为营业者对于缔约事项、

相对人的履行能力及缔约能力,应尽善良管理人的注意义务,以使委

托人知悉有关的缔约事项、

当事人的履行能力或缔约能力。

(三)保密义务

对于所提供的信息,

成交机会以及后来的订约情况,

居间人负有向其他人保密的义务。对

于委托人要求居间人保密的其他信息,

诸如不得将自己的商号告知相对人等,居间人同样负有

保密义务。

(四)尽力义务

所谓尽力义务,

是指居间人在从事居间活动的过程中,

应像善良管理人那样尽力而为。判

断居间人是否有尽力义务及其范围如何,应依照诚实信用原则来解释。报告居间人的任务在

于报告订约机会给委托人,

媒介居间人的任务除向委托人报告订约信息外,应尽力促使将来可

能订约的当事人双方达成合意,

排除双方所持的不同意见,并依照约定准备合同,对于相对人

〔5〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局2

0

0

7年版,

第2

5

0~2

5

1页。

〔6〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局2

0

0

7年版,

第2

5

7~2

5

9页。

## 第二十九章　居间合同

3

6

4

与委托人之间所存障碍,

加以说合和克服。

〔7〕

(五)负担居间活动费用的义务

居间人促成合同成立的,

居间活动的费用,

由居间人负担(《合同法》第 4

2

6条第 2款)。居

间人作为居间合同的一方主体,

若欲为委托方了解相关的订约信息、商业信息及有关人的资信

状况、

信誉度、

知名度等情况,

必定会有一定的费用支出。对于此费用的支出,

若委托方和居间

人事先没有明确约定由哪一方负担,

那么应当由居间人承担。这是因为在一般情形下,

居间人

支出的居间活动的费用都已计算在居间报酬内。

二、

委托人的义务

(一)支付报酬的义务

在居间合同中,

委托人的主要义务是支付报酬。就报酬的支付方式,从比较法的角度来

看,

各个国家和地区主要采约定报酬制。约定报酬制,是指报酬额的多少,原则上依委托人与

居间人的合同约定。这是各个国家和地区立法上所确立的关于居间人报酬的基本制度。居间

报酬若完全由当事人自由约定,

会产生诸如有失公平、触犯公认的伦理价值等一系列的社会问

题。为了克服约定报酬制可能存在的弊端,其他国家和地区的立法上一般创设以下三种制度

作为纠正机制:

(1)约定报酬酌减制度。当约定报酬额大大超过居间人所提供劳务的价值从而

导致显失公平时,

法院可以根据委托人的申请酌情降低报酬额。(2)婚姻居间约定报酬无效制

度。根据德国民法典、

瑞士债务法和中国台湾地区“民法”的规定,

当事人就婚姻居间约定报酬

的,

约定无效。(3)法定报酬制度。其他国家和地区立法极少就居间报酬规定法定报酬标准, 但有时为了贯彻某项社会政策,

也偶尔为之。

结合《合同法》关于居间报酬的规定以及居间实践,就居间报酬的给付,应注意以下问题: (1)关于居间报酬支付的一般规定。从《合同法》第 4

6条第 1款的规定看,

中国立法对居间报

酬的确定主要采“约定报酬制度”,

即居间人从事居间活动收取报酬的多少,

主要依居间人和委

托人的约定,

在居间人促成合同有效成立后,委托人就应按约定支付报酬。(2)报酬权利人的

确定。居间人有请求报酬的权利。那么,

当数个居间人受同一委托人就同种事务的委托时:其

一,

若属报告居间,

先向委托人报告订约信息并促成其订立合同者,

享有收取居间报酬的权利。

其二,

若为媒介居间,

如果委托人与相对人之间所成立的合同可归功于某个居间人时,此居间

人享有收取居间报酬的权利,

其他居间人无此项权利;如果是数居间人同心协力,以致不能确

定其中哪个居间人为委托人与相对人交易的达成起了决定性作用时,如何确定居间报酬的权

利人,

要视情况而定:

一是如果委托人以数居间人为一整体,

只给予一次报酬,

那么最简单的方

法就是各居间人平均分配该报酬;

二是如果委托人对各居间人分别委托同一事项,居间人也独

立地开展产生居间结果的活动时,

居间人各得就其居间结果请求相应的报酬;三是如果各居间

人就同一事项分别受同一委托人的委托,但在为居间行为时,各居间人相互结合,为共同的媒

介,

那么各居间人只能共同地享受一次报酬。其三,若交易双方各自委托居间人,双方委托的

这两个居间人又共同协力促成委托人和交易相对人订立合同,则委托人和交易相对人应分别

对自己所委托的居间人支付相应的居间报酬。(3)居间报酬义务人的确定。在报告居间中, 居

〔7〕 刘春堂:

《民法债编各论》(中),

三民书局 2

0

0

7年版,

第 2

5

7页。

4

6

间报酬由委托人负担;

在媒介居间中,居间报酬由达成交易的双方当事人平均负担,即由委托

人和交易相对人平均负担,

但合同另有约定或另有习惯的除外。

(二)支付必要居间费用的义务

居间人进行居间活动所支出的费用,为居间费用。居间费用一般包含于报酬之中。在居

间成功时,

即居间人促成合同成立的,居间费用未经约定不得请求委托人偿还,由居间人自己

负担(《合同法》第 4

2

6条)。即使居间人已尽了报告或媒介义务,

但仍不能使合同成立,

达不到

委托人的预期目的,

其他国家和地区的立法都认为此时不得请求委托人偿还居间费用。《合同

法》第 4

2

7条则规定在居间人未促成合同成立的,

可以请求委托人支付从事居间活动支出的必

要费用。

# Document Outline


- 书名页
- 版权页
- 出版说明
- 作者简介
- 第六版说明
- 第五版说明
- 第四版说明
- 第三版说明
- 缩略语表
- 目录
- 第一章 绪论
  - 第一节 合同法的概念
  - 第二节 合同法的作用
  - 第三节 合同法的原则
  - 第四节 合同法的体系
- 第二章 合同的分类
  - 第一节 合同的分类概述
  - 第二节 典型合同与非典型合同
  - 第三节 双务合同与单务合同
  - 第四节 有偿合同与无偿合同
  - 第五节 诺成合同与实践合同
  - 第六节 要式合同与不要式合同
  - 第七节 一时性合同与继续性合同
  - 第八节 主合同与从合同
  - 第九节 束己合同与涉他合同
  - 第十节 个别合同与框架合同
  - 第十一节 实定合同与射幸合同
  - 第十二节 本约与预约
- 第三章 合同的订立
  - 第一节 合同的订立概述
  - 第二节 要约
  - 第三节 承诺
  - 第四节 竞争缔约
  - 第五节 强制缔约
  - 第六节 附合缔约
  - 第七节 要约和承诺程序的变异
  - 第八节 合意与不合意
- 第四章 合同的内容与形式
  - 第一节 合同的条款
  - 第二节 合同权利与合同义务
  - 第三节 合同的形式

- 第五章 合同的效力
  - 第一节 合同的效力概述
  - 第二节 合同的有效要件
  - 第三节 合同的无效
  - 第四节 合同的撤销
  - 第五节 合同效力的补正
  - 第六节 合同不成立、无效、被撤销或不被追认的法律后果
- 第六章 合同的履行
  - 第一节 合同的履行概述
  - 第二节 合同履行的原则
  - 第三节 合同履行的规则
  - 第四节 涉及履行的抗辩及抗辩权
- 第七章 合同的保全
  - 第一节 合同的保全概述
  - 第二节 债权人代位权
  - 第三节 债权人撤销权
- 第八章 合同的担保
  - 第一节 合同的担保概述
  - 第二节 保证
  - 第三节 定金
- 第九章 合同的变更
  - 第一节 合同的变更概述
  - 第二节 合同变更的条件与效力
- 第十章 合同的转让
  - 第一节 合同的转让概述
  - 第二节 债权让与
  - 第三节 债务承担
  - 第四节 合同权利义务的概括移转
- 第十一章 合同的解除
  - 第一节 合同的解除概述
  - 第二节 合同解除的条件
  - 第三节 合同解除的程序
  - 第四节 合同解除的效力
- 第十二章 合同权利义务的终止
  - 第一节 合同权利义务的终止概述
  - 第二节 清偿
  - 第三节 抵销
  - 第四节 提存
  - 第五节 免除
  - 第六节 混同
- 第十三章 违约责任
  - 第一节 违约责任概述
  - 第二节 违约责任的分类
  - 第三节 违约责任的归责原则

    - 第四节 违约责任的构成要件
    - 第五节 免责条件与免责条款
    - 第六节 违约责任与侵权责任的竞合
    - 第七节 强制履行
    - 第八节 赔偿损失
    - 第九节 违约金责任
- 第十四章 合同的解释
    - 第一节 合同解释概述
    - 第二节 合同解释的原则
    - 第三节 合同解释的规则
    - 第四节 合同漏洞的补充
    - 第五节 格式条款的解释
    - 第六节 免责条款的解释
- 第十五章 买卖合同
    - 第一节 买卖合同概述
    - 第二节 买卖合同的效力
    - 第三节 特种买卖合同
- 第十六章 供用电、水、气、热力合同
    - 第一节 供用电、水、气、热力合同概述
    - 第二节 供用电合同
- 第十七章 赠与合同
    - 第一节 赠与合同概述
    - 第二节 赠与合同的效力
    - 第三节 赠与合同的终止
- 第十八章 借款合同
    - 第一节 借款合同概述
    - 第二节 借款合同的效力
    - 第三节 借款合同的终止
- 第十九章 租赁合同
    - 第一节 租赁合同概述
    - 第二节 租赁合同的效力
    - 第三节 租赁合同中的风险负担
    - 第四节 租赁合同的变更
    - 第五节 租赁合同的终止
- 第二十章 融资租赁合同
    - 第一节 融资租赁合同概述
    - 第二节 融资租赁合同的效力
    - 第三节 融资租赁合同的终止
- 第二十一章 承揽合同
    - 第一节 承揽合同概述
    - 第二节 承揽合同的效力
    - 第三节 承揽合同中的风险负担
    - 第四节 承揽合同的终止
- 第二十二章 建设工程合同

    - 第一节 建设工程合同概述
    - 第二节 建设工程合同的订立
    - 第三节 建设工程合同的无效及其后果
    - 第四节 建设工程合同的效力
- 第二十三章 运输合同
    - 第一节 运输合同概述
    - 第二节 客运合同
    - 第三节 货运合同
    - 第四节 联运合同
- 第二十四章 技术合同
    - 第一节 技术合同概述
    - 第二节 技术开发合同
    - 第三节 技术转让合同
    - 第四节 技术咨询合同
    - 第五节 技术服务合同
- 第二十五章 保管合同
    - 第一节 保管合同概述
    - 第二节 保管合同的效力
    - 第三节 保管合同的终止
- 第二十六章 仓储合同
    - 第一节 仓储合同概述
    - 第二节 仓储合同的效力
    - 第三节 仓储合同的终止
- 第二十七章 委托合同
    - 第一节 委托合同概述
    - 第二节 委托合同的效力
    - 第三节 间接代理制度
    - 第四节 委托合同的终止
- 第二十八章 行纪合同
    - 第一节 行纪合同概述
    - 第二节 行纪合同的效力
- 第二十九章 居间合同
    - 第一节 居间合同概述
    - 第二节 居间合同的效力